THÈSE DE
PARIS,
1883
N°. 120

UNIVERSITÉ DE FRANCE

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

ÉTUDE HISTORIQUE ET JURIDIQUE

SUR

L'EMPHYTÉOSE

EN DROIT ROMAIN, EN DROIT FRANÇAIS
ET EN DROIT ROUMAIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le jeudi 8 *février* 1883, *à* 3 *heures* 1/2

PAR

Georges G. TOCILESCO
Ancien avocat de l'État en Roumanie

Président : M. CAUWÈS, *professeur.*

Suffragants : MM. Bufnoir, Lyon-Caen } *professeurs.*
Lefebvre, Jobbé-Duval } *agrégés.*

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement

PARIS
ALPHONSE DERENNE
52, Boulevard Saint-Michel, 52
1883

ÉTUDE HISTORIQUE ET JURIDIQUE

SUR

L'EMPHYTÉOSE

EN DROIT ROMAIN, EN DROIT FRANÇAIS

ET EN DROIT ROUMAIN

UNIVERSITÉ DE FRANCE

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

ÉTUDE HISTORIQUE ET JURIDIQUE

SUR

L'EMPHYTÉOSE

EN DROIT ROMAIN, EN DROIT FRANÇAIS
ET EN DROIT ROUMAIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le jeudi 8 *février* 1883, *à* 3 *heures* 1/2

PAR

Georges G. TOCILESCO
Ancien avocat de l'État en Roumanie

Président : M. CAUWÈS, *professeur.*

Suffragants : MM. BUFNOIR, LYON-CAEN } *professeurs.*
LEFEBVRE, JOBBÉ-DUVAL, } *agrégés.*

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

PARIS
ALPHONSE DERENNE
52, Boulevard Saint-Michel, 52
1883

PREFACE

« La culture des terres est le plus grand travail des hommes. (MONTESQUIEU, *Esprit des lois* liv.XIV, ch. VI).

Une étude historique et juridique sur l'emphytéose, nous a paru avoir son utilité, surtout à un moment où le projet du Code rural a rajeuni en France cette vieille institution, qui avait été négligée et en quelque sorte laissée de côté.

Le courage et les forces nous auraient certainement manqué, pour entreprendre et pour achever cette tâche ; car il ne faut pas se le dissimuler, l'histoire de l'emphytéose est une étude des plus difficiles et parfois très-aride. Mais nous avons rencontré des auxiliaires excellents. Les dissertations fort remarquables de MM. Vuy (1), Pépin le Halleur (2), Elia Lattes (3), et M. E. Garsonnet (4), ont été pour nous autant de sources abondantes où nous avons fréquemment puisé. Ce n'est pas à nous de recommander la valeur scientifique de ces ouvrages ; ils sont tous cou-

1. (De Genève) : *De originibus et natura juris emphyteutici romanorum*, ouvrage couronné par la Faculté de droit d'Heidelberg (1838).

2. *Histoire de l'emphytéose en droit romain et en droit français* (1843), ouvrage couronné par la Faculté de droit de Paris.

3. *Studi storici sopra il contratto d'enfiteusi*, etc. (1868), ouvrage couronné par l'Académie Royale de Turin.

4. *Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée* (1879), ouvrage couronné par l'Académie des sciences morales et politiques de France.

ronnés par des Facultés de droit et les Académies des Sciences morales et politiques (1).

Nous avons consulté, en outre, de nombreux auteurs anciens et modernes, dont on trouvera les noms et les ouvrages cités au cours de cette étude.

Tout en rendant nos meilleurs hommages à tous ces auteurs, nous ne saurions passer sous silence nos efforts personnels, employés tant pour la recherche des auteurs et le choix de leurs opinions, que pour rendre ce travail plus complet et plus intéressant. Nous nous sommes senti heureux de nous trouver le plus souvent, de l'avis d'un historien ou d'un jurisconsulte éminent, mais nous n'avons pas perdu de vue, que l'indépendance de l'esprit est tout aussi indispensable que celle du corps ; aussi, nous sommes écartés bien des fois de l'opinion des autorités, pour donner la préférence à celles qui nous sont personnelles.

Nous savons bien à quelles erreurs s'expose un esprit intrépide ; mais dans le vaste domaine de la science n'est-il pas permis d'errer ?

Nous avons compté cependant, plutôt sur l'indulgence des gens compétents, que sur une érudition que nous n'avons pas.

Avant d'aborder la matière de l'emphytéose, il importe de retracer dans ses grands traits l'historique de ce contrat, et d'indiquer le plan de cette étude.

On a beaucoup disserté sur la question de savoir, quelle est l'origine de l'emphytéose. Nous croyons, pour notre part, que son nom même révèle une origine grecque (2). L'emphytéose ne

1. Nous devons mentionner ici aussi, l'ouvrage de M. Jh. Lefort. *Histoire des contrats de location perpétuelle* (1875), qui a reçu une mention honorable de l'Académie des sciences morales et politiques de France.

2. Pseudo-Aristote, *Œconom.*, II, p. 502 (édit. Duval); Reynier, *Écon. publ. et rur.* des Grecs. p. 377; Bœckh, *Écon. polit. des Athén.*

pénétra qu'assez tard dans la législation romaine. Un fragment (1) du jurisconsulte Ulpien inséré au Digeste, est le document où nous la voyons mentionnée pour la première fois. D'abord, reproduite dans les stipulations privées, elle n'acquiert de sanction légale que peu à peu et par degrés.

L'emphytéose commença à être mise en usage, pour les biens du domaine privé du prince et du domaine de l'Etat. Elle fut ensuite, employée pour les biens des cités et de l'Eglise, après que Constantin l'eut enrichie de propriétés considérables. Enfin, après avoir existé pendant longtemps à titre de contrat administratif, on la mit en usage pour les biens des particuliers. L'emphytéose devint d'une application usuelle dans tout l'Empire; partout on voyait des baux emphytéotiques. Mais la nature civile de l'emphytéose était cependant encore indéterminée, et comme son caractère flottait indécis entre la vente et le louage, l'empereur Zénon (en 529) voulut fixer les idées et lui donner un caractère spécial, qui la distinguât juridiquement de l'une et de l'autre. L'emphytéose apparaît dès lors, comme une institution *sui generis*, ayant son existence et ses règles à elle propres. Justinien organisa de nouveau l'emphytéose sous sa forme définitive.

On doit se demander quelles furent les causes de l'introduction de ce contrat, et à quels maux il était destiné à porter remède ?

La concentration de la propriété foncière dans un petit nombre de mains (les *latifundia*), l'extinction progressive de la classe moyenne, et la désertion de la culture du sol, voilà les trois plaies incurables du Bas-Empire. Le colonat et l'emphytéose romaine sont contemporains de ces misères et de ces calamités publiques.

1. L. 3, § 4, Dig., *de reb. eor. qui sub tutel.*, « *si jus* ἐμφυτευτικὸν *habeat pupillus...* »

Le colonat avait pour but de reconstituer dans une certaine mesure la classe des cultivateurs, en les attachant à la terre. Le rôle de l'emphytéose était de mettre en culture des terres désertes, en friche, que les incursions incessantes des Barbares, la fiscalité, la cupidité impériale, rendaient de plus en plus immenses.

Le fisc s'emparait de ces terres désertes, et pour leur donner de la valeur, on les affranchissait des charges accablantes qui pesaient sur les terres des citoyens, en les concédant en emphytéose, qui était une location privilégiée, et qui conférait au concessionnaire à perpétuité ou pour une très longue durée, des avantages équivalents à la propriété.

Le gouvernement impérial essayait ainsi de créer de nouveau une richesse perdue, en ouvrant une nouvelle carrière à l'industrie agricole, par la participation aux bienfaits de la propriété du sol d'un certain nombre de cultivateurs libres.

L'emphytéose ne pouvait pas demeurer longtemps restreinte aux biens du domaine impérial.

Les cités, les églises, les particuliers, eux aussi, étaient propriétaires de vastes domaines. Il était impossible de louer ces champs alors en friche, déserts, couverts des jachères, d'après les clauses habituelles, à cause des dépenses considérables qu'il fallait faire pour défricher, planter, bâtir, etc.

Ces grands propriétaires se virent forcés de recourir à l'emphytéose et d'abandonner ainsi la jouissance de leurs biens, soit à perpétuité, soit pour une très longue durée, moyennant une faible redevance, à la charge pour le preneur de mettre le sol en valeur.

Hâtons-nous de reconnaître, que ce moyen n'était pas à proprement parler, une nouveauté dans la législation romaine : l'État, les cités, les corporations, avaient déjà depuis des siècles pratiqué des baux perpétuels ou à long terme ; l'*ager publicus*, l'*ager vec-*

1. L. 1 et l. 2, C. J. *De collat fundor, patrimon.*

tigalis, le *jus perpetuarium*, sont autant d'institutions qui ne manquent pas d'avoir des analogies même intimes avec l'emphytéose. Beaucoup d'auteurs, tant anciens que modernes, ont vu même dans ces institutions l'origine de l'emphytéose. Nous n'avons pas à entrer ici dans l'examen de cette question, qui, d'ailleurs, occupera une assez large place dans cette étude.

L'emphytéose ne fut donc qu'un expédient, introduit pour remédier aux maux dont le Bas-Empire était la victime ; elle correspondait à une situation anormale, à une situation politique et économique toute spéciale. Aussi, elle a joué un très-grand rôle et elle a rendu de grands services au Bas-Empire. Si elle a été impuissante à remédier au mal, c'est que, quand des fléaux semblables à ceux que nous avons signalés, viennent fondre sur une société vieillie et corrompue, amollie par le luxe, énervée par une longue servitude, gangrénée de tous les vices qui accompagnent un haut degré de civilisation, alors le mal est sans remède, et l'heure fatale ne doit pas tarder à sonner. C'est ce qui arriva bientôt ; les provinces de l'Empire lui furent arrachées pièce par pièce, les Barbares se partagèrent ses membres déchirés.

La Gaule Franque ne connut pas l'emphytéose, telle qu'elle avait été organisée par Zénon et Justinien. Envahie de bonne heure par les Barbares, et séparée violemment du monde romain, elle en resta forcément aux formes juridiques en usage au moment de l'invasion.

La Gaule ne connut donc, tout d'abord, que l'emphytéose du Code Théodosien, c'est-à-dire, l'emphytéose administrative ou ecclésiastique.

Quand la féodalité se fut définitivement constituée sur les ruines du monde romain, quand les premiers affranchissements commencèrent à créer une classe intermédiaire de travailleurs libres, on se trouva en face d'une plaie analogue à celle qui avait perdu Rome et l'Empire.

Mais la féodalité avec son génie original, multiplia les moyens, soit de sous diviser les terres, soit d'associer les classes laborieuses mais indigentes, à l'exploitation et aux bienfaits de la possession du sol. On vit naître tour à tour les baux à fief, les baux à cens, les baux à rente, les baux à complant, les champarts, les agriers, les bordelages et une foule d'autres contrats variés. Quant à l'emphytéose Théodosienne, elle fut maintenue et même développée par l'Église pour l'exploitation de ses vastes domaines, mais de plus en plus rarement pratiquée.

La Renaissance ramena l'attention des jurisconsultes sur les études latines ; il y eut comme une invasion du droit romain à cette époque, dont les effets se firent sentir d'une manière durable, et se manifestèrent par des modifications aux coutumes, et par l'adoption des principes inconnus jusque là au droit féodal. Ce fut alors, sans doute, que l'emphytéose byzantine pénétra dans la Gaule, et reçut le droit de cité parmi les autres contrats de droit féodal.

L'emphytéose a beaucoup servi à la féodalité civile, après que la féodalité comme institution politique et militaire eut disparu. On s'est servi des textes du droit romain relatifs à l'emphythéose, pour réglementer d'une manière scientifique les différentes tenures féodales. Le *laudemium*, le *jus prælationis* ou droit de retrait, nous les retrouvons, par imitation du droit romain, dans la féodalité civile. Mais une réaction s'opéra en même temps : l'emphytéose romaine fut à son tour influencée par les contrats féodaux, et devint ainsi un contrat mélangé de féodalité ; car la féodalité, disons-le tout de suite, a imprimé sur tout ce qu'elle a touché le cachet de son originalité. La conséquence fut, que non-seulement la langue barbare, mais même les jurisconsultes les plus estimés de cette époque, confondirent tour à tour l'emphytéose soit avec le fief, soit avec la censive, soit avec le bail à rente. L'expression *emphytéose* devint

équivoque et trompeuse : « *verbum emphyteusio*, disait Dumoulin, *est æquivocum* (1).

L'emphytéose, bien que dégénérée de sa pureté primitive, ne cessa point cependant d'être en usage, comme contrat ayant son existence propre, jusqu'à la Révolution.

Mais elle ne joua qu'un rôle purement secondaire. Le monde féodal avait à choisir entre d'autres modes de tenures plus nombreuses que du temps des Romains ; car, « la féodalité considérée dans ses rapports avec la classe des cultivateurs, n'a été autre chose qu'un vaste bail à ferme perpétuel ou à colonage héréditaire (2).

Lorsque la Révolution française éclata, l'emphytéose comparut devant les grands juges de 1789, hybride et dégénérée ; aussi, elle ne fut pas épargnée ; on la fit passer sous la hache de la Révolution. Mais ces juges si sévères ne coupèrent que ce qu'ils trouvèrent de mauvais : l'emphytéose *perpétuelle*, qui était contraire aux nouvelles idées de liberté et d'affranchissement de la propriété ; ils conservèrent l'emphytéose *temporaire*.

Nous arrivons enfin aux rédacteurs du Code civil de 1804. Quelques-uns, il est vrai, demandèrent la suppression entière de l'emphytéose ; mais les débats aboutissent au silence absolu du Code, et l'on devra examiner dans la suite de ce travail, ce qu'il faut penser d'un pareil silence.

Quelles ont été les conséquences de ce silence fâcheux, dans les pays dans lesquels le Code civil Français a pénétré ? Il est facile de les deviner.

Mais l'emphytéose a eu dans tous ces pays de nombreux et d'éminents défenseurs : aussi, elle n'attendit pas trop pour être maintenue ou rétablie formellement.

La loi Belge-Hollandaise du 10 janvier 1824 combla la lacune

1. *Sur la coutume de Paris*, titre : *de Feudis*, § 73, nº 43.
2. Troplong, *Du louage*, t. I, préface, p. LXXIII.

du Code civil, en maintenant l'emphytéose avec les caractères essentiels qu'elle avait dans l'ancien droit. Le Code Hollandais de 1838, lui a consacré plusieurs articles. L'emphytéose avait sa place dans le Code Napolitain de 1819. Elle fut vivement attaquée en 1857 en Italie, mais après une lutte opiniâtre et désespérée, qui offre le plus intéressant spectacle, elle a conquis sa place définitive dans le Code civil du 1er janvier 1866. Seule, la Roumanie, qui jusqu'en 1864 possédait ses Codes civils nationaux, où l'emphytéose occupait une place parmi les autres contrats, n'hésita pas à abolir ce contrat pour l'avenir, lors de la confection du Code civil actuel. Nous aurons d'ailleurs l'occasion, dans le cours de cette étude, de critiquer cette disposition, qui nous semble trop radicale pour un pays qui, au point de vue économique surtout, laisse beaucoup à désirer.

Le présent travail contient trois études : l'emphytéose en droit Romain, en droit Français et en droit Roumain.

La première étude est divisée en deux parties : dans la première, nous examinerons les antécédents de la théorie de l'emphytéose dans le droit romain ; dans la seconde, la théorie de l'emphytéose romaine.

La seconde étude est divisée également en deux parties : la première traitera de l'emphytéose au moyen-âge et dans l'ancien droit français ; la seconde, de l'emphytéose d'après le droit intermédiaire et le Code civil actuel.

Nous consacrerons un premier appendice, à l'étude de l'emphytéose d'après le projet de loi voté par le Sénat ; et un deuxième appendice, à la législation comparée.

La troisième étude est consacrée à l'emphytéose en Roumanie.

DROIT ROMAIN

PREMIÈRE PARTIE

ANTÉCÉDENTS DE LA THÉORIE DE L'EMPHYTÉOSE DANS LE DROIT ROMAIN

MÉTHODE A SUIVRE DANS CETTE PARTIE DE NOTRE ÉTUDE.

Une célèbre constitution de Zénon est le premier document dans lequel l'emphytéose nous apparaît comme un contrat particulier, *sui generis*. Mais, l'institution en elle-même, avait déjà depuis longtemps passé dans les mœurs romaines, sans revêtir encore des formes bien tranchées qui pussent la distinguer des autres institutions analogues. Ce n'est donc pas à cet acte législatif qu'il faut attribuer la création de l'emphytéose.

L'étude d'une grande institution serait très incomplète et perdrait une partie considérable de son intérêt, si elle n'était précédée des recherches sur son origine ; aussi, nous procéderons avant tout à une sorte d'étude généalogique.

Les différentes sources d'où l'on fait dériver l'emphytéose, sont : les diverses concessions de l'*ager publicus*, avec les trans-

formations qu'elles durent subir plus tard pour s'appliquer aux biens des empereurs, la location des biens de l'État, des cités et des temples sous le nom d'*ager vectigalis*, les droits sur les fonds provinciaux, et enfin les locations usitées dans la Grande-Grèce.

Nous devons donc entrer dans quelques développements historiques sur chacune de ces sources ; et avant tout, dire quelques mots sur les caractères de la propriété dans l'*ager romanus*. Ce n'est qu'après toutes ces études préliminaires, que nous aborderons l'examen de la théorie de l'emphytéose dans le droit romain : ce sera l'objet de la deuxième partie de ce travail.

NOTIONS HISTORIQUES

SECTION PREMIÈRE

CARACTÈRES DE LA PROPRIÉTÉ DANS L'AGER ROMANUS.

L'histoire de la propriété se perd dans la nuit des premiers temps civilisés de l'humanité. Durant les temps primitifs l'élément social prédomine dans la propriété foncière. Le sol est un domaine collectif qui appartient à la tribu ; les individus n'en ont que la jouissance temporaire.

La propriété foncière individuelle n'apparaît que plus tard ; son origine est presque toujours rapportée à un premier partage exécuté sur le pied de l'égalité, ce qui fait bien supposer, qu'avant cette répartition, la terre était propriété collective, ou que du moins ceux qui rapportent ces faits la croyaient telle (1).

Les annales romaines nous font assister à la création de la propriété foncière individuelle ; elles nous fournissent des témoignages d'une valeur historique incontestable.

Varron nous rapporte la tradition en ces termes : « *Ager romanus primum divisus in partes tres, a quo tribus appellata Tatiensium, Ramnium, Lucerum : nominatæ, ut ait Ennius,*

1. L'existence de la propriété collective chez les peuples d'origine aryenne, est aujourd'hui démontrée jusqu'à l'évidence. Consultez, Ch. Comte. *Traité de la propriété.* Paris, 1834. 2 vol. in-9°. Bentham, *Traité de législation*, t. I, p. 190 et s., et p. 305 et s. M. Charles Giraud, *Recherches sur le droit de propriété chez les Romains* (Aix, 1838) préface. M. Paul Viollet, *Du caractère collectif des premières possessions immobilières,* Paris 1872. M. Emile de Lavelaye, *De la propriété et de ses formes primitives*, Paris 1874.

Tatienses a Tatio, Ramnenses a Romulus, Luceres, ut Junius a Lucumone (1). » — « *Bina jugera quod a Romulo primum divisa* (*dicebantur*) *viritim, quæ* (*quod*) *hæredem sequerentur, hæredium appellarunt* (2). »

A en croire donc Varron, Romulus aurait distribué le territoire entre les citoyens en accordant à chacun d'eux : *bina jugera.*

D'après Denys d'Halicarnasse (3), Romulus divisa en dix curies ou phratries, chacune de trois tribus ou phyles qui composaient la population, et il partagea le territoire en trente lots, en assignant par le sort un de ces lots à chaque curie, après avoir réservé une part de l'*ager* pour l'entretien du culte, et une autre part pour les frais de la maison du roi et de son culte privé. La possession des terres aurait donc été en commun dans chaque curie : il n'y aurait eu de propriété distincte que d'une curie à l'autre, et égalité parfaite entre toutes.

D'après Pline (4), Tite-Live (5), Appien (6), les forêts et les pâturages furent laissés dans la jouissance commune et indivise des citoyens (*pascua publica, res publicæ*).

Dès les premiers temps historiques nous trouvons donc à Rome une propriété foncière privée, à côté de la propriété publique, nationale. Mais il est plus vraisemblable que la propriété individuelle et privative n'est pas l'œuvre de Romulus, comme le dit Varron, mais de son successeur, Numa, qui fut le véritable fondateur de la société romaine. La tradition rapporte, que Numa divisa le territoire conquis par Romulus, ainsi qu'une portion de l'*ager publicus* entre les citoyens : *viritim*, c'est-à-dire, en parts

1. Varron, *De lingua latina*, V. 55.
2. Varron, *De re rustica*, I, 10.
3. *Antiq. Rom.* II. § 7.
4. *Histor. natur.* XVIII, 2, 3.
5. XXXIX.
6. *De bell. civ.* I. 7.

égales par tête, marqua les limites de la part de chacun, et plaça sous la sauvegarde de la religion l'établissement de la propriété (1).

Des distributions de terre aux habitants pauvres eurent lieu postérieurement, quand les conquêtes s'étendirent. Tullus Hostilius distribua de la sorte les terres qui avaient été attribuées aux rois ses prédécesseurs, pour servir à l'entretien du culte et à leur propre subsistance.

Servius Tullius, pour flatter les classes inférieures, leur distribua des terres, « afin, dit-il dans les discours que Denys d'Halicarnasse lui prête, que les plébéiens ne cultivent plus la terre d'autrui, mais la leur, et soient dès lors plus courageux à défendre la patrie. » Le même roi ordonna, à ceux qui s'étaient emparés des terres du domaine public, de les restituer dans un bref délai (2). Enfin, après l'expulsion des rois, leurs domaines furent livrés à la plèbe, afin, qu'en recevant le prix de cette révolution qu'elle n'avait pas faite, elle fût détournée de toute velléité de réconciliation avec les Tarquins (3).

Ces partages de terres achevèrent de constituer la propriété privée et individuelle dans l'*ager romanus*. Cet *ager* ne dépassa plus les limites que lui avait données Servius Tullius (4). En vain, Rome, de conquête en conquête, envahira le monde et reculera les limites de sa domination, l'*ager romanus* restera restreint à la même étendue (5). On verra bien le peuple romain,

1. Plutarque, *Numa*, 16. Cicéron, *de re publica*, II, §§ 12, 14 et 18. Denys, *op. laud.* II. 74. M. Ch. Giraud, *op. laud.*, p. 49.

2. Denys, III. 1 ; IV, 9. 10. Cicéron, II, 18. Tite-Live, I, 47.

3. Dans la distribution de Servius, chacun aurait reçu sept *jugera*, d'après Denys. La même quantité de terre aurait été accordée dans la distribution des domaines de Tarquin, d'après Pline l'Ancien, XXVIII, 3.

4. Denys, IV, 13.

5. Ce territoire entourait Rome à quatre ou cinq milles de distance (Strabon, V, 3, 2). Les Italiens en ont conservé le souvenir, ils l'appellent encore aujourd'hui : *agro romano* (Sismondi, *Études sur l'économie politique*, t. II, p .1. Giraud, *op. laud.* p. 54.

soit par bienveillance, soit sous l'empire de nécessités politiques, accorder sur les terres nouvellement conquises le bénéfice du *dominium ex jure quiritium*, tel qu'il existe sur l'*ager romanus* ; mais ce ne sera qu'une faveur exceptionnelle.

On doit se demander maintenant, quels sont les caractères que présenta chez les premiers Romains la propriété foncière, individuelle. Le droit de propriété foncière nous apparaît dans l'ancienne civilisation romaine, comme dans la plupart des sociétés primitives, à l'état d'institution religieuse.

Si l'on en croit Varron (1), le culte du dieu Terme remonterait à l'époque de la distribution du territoire faite par Romulus.

Selon Denys d'Halicarnasse (2), et Plutarque (3), ce serait seulement Numa qui l'aurait organisé, sans doute, en même temps qu'il partagea les terres entre les citoyens.

Pour constituer la propriété privée, on avait recours à certains rites qui précédaient ou accompagnaient la limitation ou bornage, opération remontant sans doute aux Étrusques et confiée aux *agrimensores*, qui dans le principe étaient de véritables prêtres.

Consacrées au dieu *Terme*, les limites comptaient parmi les *res sacræ*, et le fonds lui-même devenait *res sancta*. Violer les limites était un sacrilège horrible et le châtiment en était sévère. La vieille loi romaine disait : « S'il a touché le Terme du soc de sa charrue, que l'homme et ses bœufs soient voués aux dieux infernaux (4). » La loi Étrusque, parlant au nom de la religion, condamne le violateur d'une limite à la stérilité et sa race à la mort : car l'extinction d'une famille, telle était aux yeux des anciens la suprême vengeance des dieux (5).

1. V. 74.
2. II, 74.
3. *Numa*, 16.
4. Festus, V. *Terminus* (éd. Muller), p. 368.
5. *Scriptores rei agrariæ*, (éd. Goëz) p. 258.

La propriété foncière dans l'*ager romanus* présente un second caractère : c'est une institution politique. Il faut être citoyen romain pour être admis à participer aux privilèges dont jouit la vieille propriété quiritaire ; pour avoir le droit de propriété complète et exclusive dans les limites de l'*ager romanus* (1). Ceux qui ne sont pas citoyens, et les terres qui ne sont pas comprises dans ce territoire sont exclus du *dominium* placé sous la protection des *Quirites*; il ne peut être question pour eux que d'une propriété inférieure : « *ex jure gentium* (2). »

Quelques savants auteurs comme Niebuhr (3), Puchta (4), M. Accarias (5), vont jusqu'à affirmer que le *dominium ex jure quiritium*, lui-même, n'était pas pour le citoyen l'objet d'un droit absolument exclusif; ils admettent que son droit était, en théorie au moins, limité par un droit supérieur et préexistant de l'État ; par une sorte de droit éminent.

Cette opinion ne nous paraît pas admissible. Nous dirons avec notre savant maître M. Gérardin (6) ; non, l'État n'était pas considéré comme ayant le domaine éminent des objets appartenant *ex jure quiritium* aux particuliers. Par la conquête, l'État est devenu, il est vrai, propriétaire exclusif du sol, mais une fois la distribution faite aux citoyens, la propriété a été définitivement et irrévocablement acquise ; l'abdication de l'État a été définitive et complète, il ne pouvait plus violer la propriété des citoyens. Ce qui le prouve d'une manière péremptoire, c'est que l'État ne percevait ni dans l'*ager romanus*, ni même dans l'*ager italicus*, l'impôt foncier qui n'était pas, dans les idées romaines, la contri-

1. Et, plus tard, dans les limites de l'*ager italicus*.
2. Gaïus, *Comm.* II, § 40.
3. *Histoire romaine*, t. II, p. 161.
4. *Cursus der instit.* t. I. p. 126-134. II, p. 581 (1841).
5. *Précis de droit romain*, t. I n° 304.a.
6. *Cours de droit romain*, professé à la faculté de droit de Paris (leçon du 26 février 1880).

bution de tous les citoyens aux charges publiques, en proportion de leur fortune immobilière, mais le signe du droit supérieur et préexistant de l'État sur la propriété foncière.

Il n'est pas vrai que l'État avait le droit d'exproprier les citoyens sans indemnité, pour cause d'utilité publique.

Tite-Live rapporte, que lorsque l'État fut obligé d'enrôler les esclaves, il indemnisa les propriétaires.

De même, Cicéron (1) rapporte un fait qui s'est passé à l'occasion de la démolition d'une maison du Cœlius qui nuisait aux opérations des augures; dans des termes, qui nous permettent de croire qu'une indemnité publique fut payée à l'acheteur de cette maison.

Ce qui est plus certain encore, c'est qu'un sénatus-consulte de l'an 241 autorisait le curateur des eaux de la ville de Rome, à prendre chez les particuliers les matériaux nécessaires à la réparation des aqueducs, après estimation et moyennant indemnité ; si le curateur requérait l'expropriation des terrains nécessaires à l'opération, les propriétaires avaient le droit de contraindre l'État à acheter la totalité de leurs immeubles (2).

On s'est demandé si les plébéiens n'auraient pas été exclus du premier partage fait par Romulus, en faveur des patriciens, qui seuls avaient le droit de prendre part à l'exercice de la souveraineté nationale. La réponse, suivant nous, est bien simple. A Rome, la différence entre les deux populations est frappante. La ville des patriciens et de leurs clients est celle que Romulus a fondée suivant les rites sur le plateau du Palatin. Le domicile de la plèbe est l'asile, espèce d'enclos, qui est situé sur la pente du

1. *De officiis*, III, 16.

2. Frontinus, *de aquæductibus urbis Romæ*, p. 125 et 128. M. Serrigny, *Droit public et administratif romain*. t. II, nº 951. M. Garsonnet, *Histoire des locations perpétuelles*, p. 61 et 64. *Comp.* loi française du 3 mai 1841, art. 51.

mont Capitolin, et où Romulus a admis les gens sans feu ni lieu, qu'il ne pouvait pas faire entrer dans sa ville. Pour les plébéiens, le droit de propriété ne peut pas exister dans les premiers temps, où toute propriété devait être établie et consacrée par un foyer, par un tombeau, par des dieux termes ; c'est-à-dire, par tous les éléments du culte domestique. Or, la plèbe n'avait pas de culte domestique, elle n'avait pas ce qui fait que l'homme peut mettre son empreinte sur une part de terre et la faire sienne. De plus, — pour les plébéiens il n'y a pas de droits politiques, ils ne sont pas des citoyens, ils ne font partie ni de la tribu, ni de la curie ; or, Romulus a partagé l'*ager romanus* entre les tribus, les curies; les plébéiens, donc, ont évidemment été exclus de ce partage (1). Ce n'est qu'à partir de Tarquin l'Ancien, qu'un certain nombre de familles nobles plébéiennes furent reçues dans les curies, qui prirent alors le nom de *Ramnes*, *Tities*, *Luceres secundi* ou *patres minorum gentium*. Le reste des plébéiens demeura sans droit et sans organisation, jusqu'à ce que Servius Tullius, par ses réformes, les eût élevés à la dignité de citoyens actifs. Dès lors, ils ont pu posséder une terre d'après le droit des *Quirites*.

L'exclusion des plébéiens a donc son principe dans le caractère religieux de la propriété chez les Romains primitifs, et surtout dans l'inégalité politique, qui fut la base de la société romaine, Les patriciens savaient trop bien d'ailleurs, que la fortune, surtout immobilière, est le plus puissant levier de domination, pour ne pas chercher à tout accaparer.

1. M. Fustel de Coulanges, *La Cité Antique*, p. 279 et suiv.

SECTION II

L'AGER PUBLICUS.

§ 1. — *Sa formation et composition.*

Nous avons vu que dès le premier partage de l'*ager romanus*, attribué à Romulus, une portion du territoire fut exclue de l'appropriation privée, pour servir de pâturage aux troupeaux des citoyens, et en même temps de ressource aux besoins de l'État. C'était l'usage général de toutes les cités antiques, à une époque où une grande partie de la population vivait encore de la vie pastorale, comme les légendes sur la fondation de Rome nous en fournissent la preuve.

Rome eut donc un domaine public, *ager publicus*, dès l'origine. Il fut d'abord, un démembrement de l'*ager romanus* proprement dit, mais il déborda vite ces limites restreintes. Il s'accrut de tout ce que Rome put ravir à la propriété privée et confisquer sur les peuples vaincus (1), et s'étendit bientôt jusqu'aux extrémités du sol italique. Une portion du territoire provincial vint aussi l'enrichir; toutefois, dans les provinces, la confiscation des biens de vaincus demeura, pour ainsi dire, l'exception. Rome, s'attribua sans doute, le domaine éminent sur toutes les terres conquises, mais laissa presque toujours les particuliers en possession de leurs biens ; elle changea seulement leur ancien titre de propriétaires libres contre celui de tributaires annuels ; elle ne confisqua guère que les domaines des rois vaincus (2).

1. *Siculus Flaccus, de cond. agrorum*, p. 2, 3, 16.
2. Tite-Live, lib. 38, c. 48. Appien, *de bell. civil.*, lib. V, *passim* : Cicéron, *in Verr.*, III, 7.

L'*ager publicus* s'augmenta aussi des biens vacants, des hérédités laissées au peuple romain, des legs caducs et aussi des libéralités plus ou moins volontaires, arrachées au peuples tributaires.

Ce domaine public était indisponible, inaliénable et imprescriptible. Une loi seule pouvait en disposer. C'était la propriété de l'État, et l'État seul pouvait l'aliéner directement ou par ses mandataires réguliers. L'*ager publicus* pouvait donc être l'objet, soit de ventes publiques, soit d'assignations générales ou individuelles, soit de fondations de colonies, soit de baux à terme ou perpétuels à charge de *vectigal*, soit de possessions indéfinies à titre de tolérance.

Arrêtons-nous quelques instants, sur ces divers modes d'exploitation appliqués à l'*ager publicus* ; presque tous ces modes ont été présentés comme étant l'origine de l'emphytéose, il importe donc beaucoup de les connaître.

§ 2. — *Modes d'exploitation.*

Ils sont au nombre de cinq, à savoir :

1° La jouissance commune et indivise réservée aux citoyens sur les forêts et les pâturages, qui avaient été, dès la première formation de l'*ager publicus*, exclus de la distribution des terres. Chacun pouvait se fournir dans les forêts du bois nécessaire à sa consommation, et faire paître ses troupeaux dans les pâturages publics, moyennant une redevance appelée *scriptura* (de là : *scriptuarius ager*), fixée à tant par tête de bétail, et dont la perception était affermée aux publicains, comme toutes les redevances perçues à l'occasion de l'*ager publicus*. Les lacs, les étangs, les mines, étaient aussi *ager publicus*, et ils étaient l'objet d'une location.

2° Pendant longtemps le trésor public n'eut pas d'autres revenus, que ceux qu'il retirait des droits d'usage et de pacage. Mais, par la force des choses, il devait arriver une époque où ces ressources deviendraient insuffisantes pour Rome, grandie en territoire et en puissance. D'ailleurs, les progrès de l'agriculture diminuaient considérablement les exigences du pâturage, et permettaient de donner à la plus grande partie du domaine une destination plus avantageuse. C'est alors que les terres du domaine public furent affermées, soit pour une période quinquennale, soit, plus fréquemment, pour cent ans ou même à perpétuité (1). La perception du *vectigal*, ou prix de location était affermée aux publicains ; les terrains ainsi loués se nommaient *agri vectigales*, et le droit concédé au preneur, *jus in agro vectigali*. C'était, le mode d'exploitation le plus avantageux pour l'État.

3° Les terres de l'*ager publicus* formaient souvent l'objet d'assignation, ou servaient à fonder des colonies.

L'assignation ou attribution collective n'est qu'une libéralité de l'État faite à la *plebs inops*. Le Sénat l'emploie, tantôt pour compenser l'inégalité excessive des conditions, tantôt pour apaiser les séditions populaires.

La colonie est quelque chose de plus : c'est une institution politique. C'est parfois, la récompense de soldats vétérans ou émérites, ou le moyen de réparer les désastres de la guerre, ou de purger les cités d'une exubérence de population ; c'est toujours, un établissement fondé pour affermir la domination romaine et assurer la soumission d'un pays conquis. — Les colonies étaient composées quelquefois de citoyens romains pauvres (*togatæ*), souvent de vétérans, et plus souvent encore de Latins, d'Italiens ou d'autres peuples, mêlés et transplantés. Dans ces différents

1. Hyginus, *de cond. agr.* (édit. Lachmann), p. 116.

cas, les colons, à défaut de collation de privilège nouveau, communiquaient au sol les aptitudes personnelles dont leur métropole jouissait (1). Dans tous les cas, les assignations faites soit directement aux habitants de Rome et même des villes alliées, soit par la fondation des colonies militaires ou civiles, se faisaient toujours après un mesurage officiel, donnaient lieu à des formalités particulières. Le pouvoir législatif intervenait d'abord, pour faire une loi prononçant la conversion du bien en propriété particulière, mentionnant les conditions auxquelles elle était faite, et les devoirs qui pouvaient compéter aux futurs colons. Les *agrimensores* donnaient ensuite un caractère spécial à la fondation, lui imprimaient le caractère religieux, en même temps qu'ils procédaient au mesurage officiel, en confectionnant des lots d'après le rang et le grade de chaque colon. — C'est de là que viennent les qualifications d'*agri assignati et divisi, agri limitati*; qualifications qui jouent un grand rôle dans les *rei agrariæ scriptores*.

Quant à la nature du droit qui était ainsi concédé, il s'en faut de beaucoup que les auteurs soient d'accord. On a prétendu que les terres assignées, avec ou sans fondation de colonie, étaient données à charge de culture et d'amélioration, comme le furent plus tard les fonds emphytéotiques. On se fondait sur le nom même de *colonie*, et sur la condition des terres de *Fundi*, qui furent assignées aux vétérans d'Octave, avec condition qu'ils les

1. Les colonies *Romaines*, dit Aulu-Gelle (Noct. Att. lib. 16, cap. 13), devenaient l'image de la mère-patrie, « *quasi effigies parvæ, simulacraque esse* ». Toutes les pratiques romaines y étaient conservées, ou reproduites : religion, sénat, consul, tribun, division des ordres, juges, régime municipal, spectacle, etc. La question de savoir si elles retenaient le droit de suffrage à Rome, et le *jus honorum*, est controversée. Le colon romain suivait le droit privé de la métropole, et à ce point de vue, jouissait des prérogatives du citoyen : *jus connubii, patria potestas, jus commercii, jus nexi*. Il avait donc la propriété romaine (*dominium Quiritarium*), pleine et entière (Giraud, *op. laud.* p. 279 et 280).

cultiveraient : *ager culturâ assignatus*; la propriété en étant d'ailleurs, réservée à l'État. D'autres auteurs sont d'opinion que la *datio assignatio* transférait la propriété pleine et entière : *dominium ex jure quiritium*. Ils invoquent un texte (1) de Cicéron, qui le dit formellement de l'*ager Campanus*.

D'autres auteurs, enfin, concilient les deux opinions précédentes, en disant que, parmi les assignations, les unes transféraient le domaine quiritaire, et ce fut peut-être le cas le plus fréquent ; les autres ne conféraient qu'un droit de jouissance avec charge de payer une redevance au trésor, et dans ce cas, ces terres rentraient dans la catégorie des *agri vectigales* (2).

Les terres du domaine public étaient quelquefois vendues à l'encan, selon les besoins du trésor, pour subvenir aux charges publiques, par le ministère des questeurs, d'où vient le nom d'*agri questorii*.

Cette vente n'était au fond qu'une location perpétuelle, comme celle des *agri vectigales*. Elle n'intervenait jamais qu'entre l'État débiteur et ses créanciers. L'État donnait en gage à ses créanciers un fonds de terre, et ceux-ci s'obligeaient à payer au trésor une redevance (un as par jugère), récognitive de son domaine éminent. On stipulait que l'État, s'il était en mesure de se libérer, pourrait proposer le rachat, mais non l'imposer. C'était comme une antichrèse, avec cette particularité, que le débiteur ne pouvait pas toujours reprendre son immeuble en payant sa dette (3).

5° Enfin, le dernier mode d'exploitation de l'*ager publicus*, ce sont les concessions au premier occupant, appelées *Possessiones*, dont Festus (4) nous donne, en ces termes, la définition : « *Possessiones appellantur agri late patentes publici privatique, qui*

1. Philip. II, 39.
2. M. Garsonnet, *op. laud.* p. 103 et 104 et les auteurs qui y sont cités.
3. M. Garsonnet, *op. laud.* p. 113 et 114.
4. XII, 9, p. 241, § 14.

non mancipatione, sed usu tenebantur, et ut quisque occupaverat, possidebat. » Appien (1) déclare qu'elles n'étaient admises que pour les terres incultes, toujours en grande quantité, « par suite des ruines considérables que la guerre a occasionnées de tout temps. » On ne mesurait pas ces terres, on ne les assignait pas non plus « parce que le temps aurait manqué pour le faire » ; mais on se bornait à publier, que tous ceux qui voudraient les occuper et les défricher, pourraient le faire, sauf obligation de payer à l'État une redevance périodique (*vectigal*), consistant dans le dixième des produits provenant du labourage et le cinquième des autres fruits. Cette redevance était plutôt le signe de la propriété de l'État, qu'un prix de location.

Cette forme élémentaire d'appropriation et l'absence d'un contrat d'affermage régulier, faisaient donner à ces terres, aussi le nom d'*agri occupatorii vel arcifinales,* par opposition aux *agri limitati* (2).

Les *possessiones* n'existaient qu'en Italie ; le sol provincial de l'*ager publicus* avait une autre destination.

La condition civile de ceux qui *occupaient* l'*ager*, était, en droit rigoureux, celle des simples *détenteurs* d'une chose appartenant à l'État, et n'ayant, par conséquent, qu'un droit précaire, révocable *ad nutum.* C'est pour cela que ces détenteurs du domaine public, même lorsque leur possession était immémoriale, n'étaient jamais appelés que *possessores*, bien qu'en fait cette possession ressemblât beaucoup à la propriété ; car les concessionnaires avaient non-seulement la jouissance la plus complète du fonds, mais ils pouvaient aussi l'aliéner et le transmettre à titre onéreux ou gratuit, par actes entre-vifs ou à cause de mort (3).

1. *Bell. civ.*, I, 7; I, 18, II, 140.
2. Tite-Live, VI, 36.
3. « *Relictas sibi a majoribus sedes, quasi jure hereditario possidebant* » Florus, III, 13 (page 556, Duker, 1744). Cicéron, *de offic.* II, 22, 23.

Mais, comme cette *jouissance de fait* de tous les attributs de la propriété proprement dite, ne pouvait pas être garantie par des *actions civiles*, il appartint au magistrat de faire respecter par les interdits possessoires, ce *fait légal*, ce droit *présumé*. Le Préteur rendait un *Interdictum*, soit pour maintenir l'occupant dans sa possession, quand il était troublé, soit pour la lui faire recouvrer quand il en avait été dépouillé.

Le besoin de cette protection était naturellement surtout urgent, contre les usurpations furtives et clandestines, *clam*, et contre les agressions faites de vive force, *vi*. Mais la *possessio* était encore exposée à une lésion d'une nature particulière.

De tout temps les grandes familles patriciennes étaient dans l'usage de concéder à leurs clients, sur leur demande et par faveur (de la *precarium* de *preces*), des parties plus ou moins étendues de l'*ager publicus* qu'elles possédaient : « *Patres appelati sunt,* dit Festus, *quia agrorum partes attribuebant tenuioribus perinde ac liberis propriis* (1). » Ces concessions constituaient une véritable libéralité et étaient essentiellement révocables à volonté ; car les patriciens ne pouvaient les faire qu'à la condition sous laquelle ils les tenaient eux-mêmes. Un client perfide pouvait abuser de la position du patron, qui était hors d'état de justifier d'aucun droit sur le terrain concédé : quand un pareil cas se présentait, le préteur accordait l'interdit *de precario*, à l'aide duquel le concédant triomphait de l'abus de confiance du concessionnaire.

C'est aux *possessiones* de l'*ager publicus*, que les savants Niebuhr (2) et Savigny (3) ont rattaché l'origine des interdits ; mais cette opinion a perdu dans ces derniers temps beaucoup de son crédit. L'introduction des interdits doit, sans doute, être attri-

1. Festus; V. *Patres*, p. 246.
2. *Op. laud* , t. II, p. 116 et seq.
3. *Traité de la possession*, § 112, *a*.

buée à des causes moins spéciales; elle eut vraisemblablement pour but de combler en général les lacunes du droit civil, en accordant un moyen de protection contre des usurpations injustes et arbitraires, à tout détenteur non pourvu de la propriété quiritaire (1).

§ 3. — *Lois agraires et disparition de l'ager publicus.*

Maîtres du sénat et de la république, les patriciens s'étaient attribué, de fait au moins, sinon de droit, le privilège des *possessiones* de l'*ager publicus* (2), privilège d'autant plus avantageux qu'ils réussirent à s'affranchir à la longue, illégalement, du payement de toute espèce de redevance ou fermage envers le trésor. Un double inconvénient en résultait : d'une part, l'aggravation, d'autant, des charges qui pesaient sur la plèbe ; et d'autre part, la conversion de fait, en propriété privée, de ce qui appartenait à la chose publique. Ajoutez à ces inconvénients, que l'exploitation de ces immenses terres, se faisait par de nombreux troupeaux d'esclaves, que les guerres fournissaient aux *possessores*, de sorte que, la plèbe pauvre était repoussée non-seulement de la possession de l'*ager publicus*, mais même des travaux de la culture du sol.

L'attribution exclusive des *possessionnes* aux patriciens favorisa outre mesure, l'accumulation des richesses et des moyens d'oppression entre les mains de la caste dominante. Cette situa-

1. Molitor, *De la Possession*, p. 120. Van Wetter, *De la Possession*, p. 3.

2. La question si les plébéiens ont été exclus en droit, des *possessiones*, divise les meilleurs auteurs. On lit dans un auteur ancien, Cassius Hemina (*apud Nonn. Marcell.* II, 619), ce passage significatif : « *Quicumque propter plebitatem agro publico ejecti sunt.* » *Conf.* M. Garsonnet, *op. laud.* p, 118. M. Laboulaye, *Histoire du dr. de propr. foncière en Occident* (1839, Paris) p. 76.

tion ne pouvait pas être tolérée longtemps : il était de toute justice d'admettre tous les citoyens à la jouissance des terres, qui avaient été conquises par leur valeur et au prix de leur sang. Cette vérité fut proclamée pour la première fois, par le roi de la plèbe, Servius Tullius, qui ordonna la restitution dans un bref délai des terres publiques injustement détenues, et ouvrit ainsi la liste de lois agraires, qui sera longue et ne sera close qu'avec la disparition de l'*ager publicus*.

Ces lois agraires, si souvent décriées, parce que le caractère en est méconnu lorsqu'on les présente comme appliquées à la propriété privée, ne sont autre chose, que la revendication à grands cris par la plèbe, de ce qu'elle appelait avec raison, des biens de la république usurpés. Il faut se garder de confondre ces lois, avec les lois de *proscription* du temps de Sylla et de Triumvirs, qui furent le triste fruit du désordre et de l'immoralité des guerres civiles, et qui ont eu pour objet, la distribution militaire des biens dont les confiscations avaient dépouillé les citoyens ou les cités frappées de proscription.

Les lois agraires se rattachent trop étroitement au domaine public des Romains, qui de son côté tient une grande place dans l'histoire de l'emphytéose, pour que nous puissions nous dispenser d'indiquer les principales.

Le tribun Spurius Cassius proposa dans les premiers temps de la république, de partager une partie de l'*ager publicus* entre les citoyens pauvres. Les sénateurs n'eurent pas le courage de repousser cette loi, mais ils en empêchèrent l'exécution, et pour se venger, ils firent mettre à mort son audacieux auteur. L'homme disparut, mais la question, loin d'être supprimée, resta tout entière; aussi, voit-on une pléiade des tribuns de la plèbe : Fabius Cœson, Cn. Genutius et Æmilius, Icilius, Petilius et Spurius Melius, Mecilius et Melitius, revendiquant tour à tour les droits imprescriptibles des plébéiens, à qui, la cupidité croissante de la

caste dominante, avait rendu la vie impossible, par les usurpations abusives et réitérées de l'*ager publicus*, et par l'usure écrasante à laquelle elle se livrait.

La loi Licinia *de modo agrorum*, une de ces trois fameuses lois tribunitiennes présentées et poursuivies pendant si longtemps, et avec tant de persévérance, par les tribuns C. Licinius Stolo et L. Sextius, et adoptées en l'an 387, défendit sous peine de dix mille as d'amende, qu'aucun citoyen eût plus de cinq cents jugères de terres publiques, et interdit de conduire sur les pâturages publics, au delà de cent têtes de gros bétail et cinq cents têtes de menu bétail. Elle prescrivait en outre, de n'employer qu'un nombre déterminé d'esclaves, et d'employer des hommes libres, dans le cas où ce nombre ne suffisait pas aux besoins de la culture. Cette loi fut exécutée pendant longtemps avec une juste sévérité et produisit d'excellents effets. Mais on s'ingénia à l'éluder des diverses manières ; deux siècles après, elle était complètement tombée en désuétude ; de toutes parts s'étaient constituées ces immenses possessions que l'on désigne sous le nom de *latifundia*. L'inépuisable ressource du domaine public, au lieu de répandre le bien être parmi les cultivateurs, ne servait cette fois encore, que de moyen d'oppression entre les mains des optimates : de l'aristocratie sénatoriale ou de fortune. Comme le disait Saluste (1), la République était la proie de quelques hommes : c'était pour eux que les rois et les peuples étaient tributaires.

Personne n'eut le courage d'affronter le danger que présentait une lutte ouverte avec l'oligarchie, jusqu'à ce que le tribun de la plèbe, Tibérius Sempronius Grachus, d'abord, et son frère Caïus S. Grachus, ensuite, osèrent reproduire les lois liciniennes, tout en y apportant des adoucissements et en y ajoutant des dispositions complémentaires. On sait quel fut le résultat de ces ten-

1. *Catilin.*, XX.

tatives. Les deux Gracques, suprêmes socialistes de la plèbe romaine, succombèrent : le Sénat noya leurs projets dans leur sang et dans celui de la plèbe, qui, dès lors, marcha rapidement, vers une irrémédiable décomposition.

Mais les séditions n'expirèrent pas avec les Gracques ; la plaie sociale était restée ouverte. A plusieurs reprises, jusqu'au temps et dans les discours de Cicéron, nous retrouvons de ces lois décrétées ou en projet, les unes dictées par la réaction, les autres suivant la tendance opposée.

La loi *Thoria agraria* (an 647) fut une loi de réaction, en faveur des *possessores* du domaine public : elle supprima la redevance (*vectigal*) et transforma en propriété privée la plus grande partie de l'*ager publicus*. A la suite de la loi Thoria, se succèdent dans l'espace de 52 ans, sept lois agraires, qui, avec quelques variantes dans leurs dispositions, tendirent à atténuer les effets de cette loi et à procurer sur les champs publics, quelques ressources à la population pauvre : les unes proposées seulement, d'autres adoptées, mais toutes restées sans exécution, jusqu'à celle de Jules César. L'*ager campanus* était le dernier *ager publicus* qui restât au peuple romain en Italie, — César en fit le sacrifice à son ambition. La loi *Julia agraria* ou *campana*, rendue en 695, le distribua aux vétérans et aux citoyens pauvres : vingt mille chefs de famille, dit-on, en profitèrent (1).

Cette loi clôt la série des lois agraires politiques : car les actes arbitraires par lesquels les seconds triumvirs distribuèrent des terres et fondèrent des colonies militaires, ne sont pas des lois, et les lois agraires mentionnées sous les premiers empereurs n'ont aucun caractère politique (2).

Les lois agraires, les ventes, les distributions gratuites et les

1. Ortolan, *Explic. hist. des Institutes de Justinien*, t. I, p. 221 et 222.
2. Maynz, *Cours de droit romain*, t. I, p. 158.

colonies, achevèrent la consomption de l'*ager publicus*. Cicéron (1) énumère toutes les dépendances du domaine public italien et les *agrimensores* n'en connaissent que de faibles portions (2). Au premier siècle de l'ère chrétienne, l'État ne possédait plus en Italie que quelques *subseciva* (3) : mais presque toutes étaient usurpées par les municipes et les colonies. Vespasien et Titus les firent rentrer en partie dans le domaine public, en vertu du droit imprescriptible de l'État ; mais Domitien consacra ces usurpations et attribua expressément la propriété aux détenteurs (4).

Sous les empereurs suivants, nous ne trouvons plus guère de terres publiques que sur les frontières de l'empire, et une constitution d'Honorius de l'an 423, aurait eu, suivant Niebühr, pour but d'effacer les derniers vestiges de l'institution, en attribuant aux possesseurs la propriété des parcelles qu'ils détenaient (5).

Ainsi finit l'histoire des *possessiones*, par le triomphe des *possessores*, désormais assimilés aux propriétaires, et par la disparition complète de l'*ager publicus*.

SECTION III

L'AGER VECTIGALIS

Le *jus in agro vectigali*, ou le bail vectigalien, avons-nous dit, est un mode usité, et même très avantageux, pour l'exploitation de l'*ager publicus*.

1. *Adv. Rull.* I, 7; II, 14; III, 4. Siculus Flaccus, *de cond. agror.* p. 2.
2. C'est-à-dire, des pièces de terre, qui, n'étant pas comprises dans l'arpentage des *agri assignati* ou *divisi*, restaient *ager publicus*.
3. Hyginus, p. 122, 20 (210, Goës). Siculus Flaccus, *Gromatici*, 162, 20 (23 *seq.* Goës). Suétone, *Domitien*, 9.
4. L. un. C. Th. *de rei vindicatione*, 2, 23.
5. Niebühr, *op. laud.* p. 197. Maynz, *op. laud.* t. I, p. 158 *seq.* Ch. Giraud, *op. laud.* p. 204.

A la vérité, les textes du Digeste, sauf un, dont nous parlerons bientôt, ne parlent que des *agri vectigales* appartenant à des cités, à des collèges de prêtres ou de vestales ; mais ce silence trouve son explication toute naturelle dans la disparition de l'*ager publicus* à l'époque classique.

Le *jus in agro vectigali* est, d'ailleurs, mentionné à propos de l'*ager publicus*, et par Cicéron (1), et par la loi Thoria (2), et par les *agrimensores* du temps de Domitien, qui font allusion à des *subseciva* concédées à charge de *vectigal*, et enfin par un texte du jurisconsulte Paul inséré au Digeste (3), qui dit : « *Agri publici, qui in perpetuum locantur, a curatore sine auctoritate principali revocari non possunt* ». Il est vrai, que le texte semble dire, que le droit du concessionnaire de l'État était révocable au gré du prince, ce qui semblerait se rapporter aux *possessiones* de l'*ager publicus* ; mais, à notre avis il signifie, au contraire, que la faveur spéciale de ne pas être expulsé de plein droit, faute de paiement du vectigal dans le délai, est accordée, au preneur ; le curateur ne pouvait opérer l'expulsion qu'en vertu d'un ordre exprès de l'empereur. Le contrat vectigalien s'appliquait donc, aussi bien au domaine de l'État, qu'à celui des cités et des temples ; seulement, le premier cas était dans la pratique de beaucoup plus rare.

Le concessionnaire avait dans les deux cas, ce *jus in agro vectigali*, qui n'avait pas changé de nature en passant des terres de l'État, aux biens des cités et des temples. La théorie de l'*ager vectigalis*, telle que l'exposent les jurisconsultes classiques, dérive exactement de celle qui réglait la condition de l'*ager publicus*, détenu autre fois à charge de vectigal (4).

1. *Ad. Verr.* II *act.* lib. III, 6.
2. Giraud, *Nov. enchir. jur. Rom.* p. 593.
3. Loi 11, § 1. D. *de public. et vectig.*
4. *Sic.* M. Garsonnet, *op. laud.* p. 106. Pépin le Halleur, p. 8.

Cette théorie du *jus in agro vectigali*, a un rapport très étroit avec la théorie de l'emphytéose ; nous aurons l'occasion d'examiner s'il y a même un véritable lien de filiation. Aussi, nous consacrerons à son étude tous les développements nécessaires.

§ 1. — *Théorie du jus in agro vectigali.*

Les cités ou municipes formaient comme un État dans l'État ; c'est-à-dire, qu'ils constituaient des *reipublicæ* modelées sur l'image de la grande République romaine ; ils avaient donc à supporter des charges ; aussi, ils avaient leur domaine propre, comme l'État avait le sien.

On distinguait deux espèces de domaines : le domaine public et le domaine privé. Le premier, composé de tous les immeubles laissés *in usu publico*, tels que les théâtres, les temples, les bains, les stades, les places, les aqueducs, etc. ; choses servant à l'utilité de tous ou à l'ornement de la cité, mais ne rapportant aucun revenu.

Le second, composé de meubles, tels que : des esclaves, créances et des immeubles, tels que : des carrières et des mines, des pâturages, des terres labourables et en friche. Les revenus de ce domaine privé, constituaient les principales ressources destinées à faire face aux dépenses de la cité.

Les mines et les carrières étaient exploitées par des gérants et des fermiers ; les pâturages étaient laissés à la jouissance commune des habitants, tantôt gratuitement, tantôt à la charge de payer une redevance.

Pour l'exploitation des terres labourables ou en friche, les cités se servaient, sans doute, du bail à ferme ordinaire, et il est probable qu'elles devaient principalement l'appliquer aux terres les plus productives, pour l'utilisation desquelles les règles du louage

ordinaire suffisaient. Mais leur domaine, au moment de leur fondation, étant formé presque uniquement de terres en friche, infertiles, incultes ou par trop éloignées des centres de population, les cités ne trouvaient pas des preneurs aux conditions ordinaires du contrat de louage. Elles employèrent à l'exemple de Rome, des concessions perpétuelles ou de cent ans, conférant au preneur sur le fonds un droit réel, qui le rendait presque égal au propriétaire lui-même.

On comprend, que dans de semblables conditions, le concessionnaire osât entreprendre des travaux de défrichement et eût un puissant stimulant pour cultiver en bon père de famille.

C'est à ce genre d'exploitation que s'appliquait le contrat vectigalien, le *jus in agro vectigali*, et les fonds ainsi concédés s'appellaient *agri vectigales* ; tandis que les fonds auxquels on appliquait le contrat ordinaire de louage, s'appelaient *agri non vectigales* (1).

Le *jus in agro vectigali*, on le voit bien, présentait les mêmes avantages que la concession faite aux citoyens dans cette partie du domaine de l'État, que nous avons appelée *ager occupatorius*, ou *possessiones* ; et d'autre part, elle offrait au concessionnaire de bien plus grandes garanties, parce que les cités ne pouvaient rentrer dans la jouissance du fonds tant que le vectigal était régulièrement payé. C'est par là que nous pourrons distinguer le *jus in agro vectigali* des autres concessions analogues. Le contrat vectigalien était aussi employé assez fréquemment par les corporations, telles que les collèges de prêtres et de vestales, qui possédaient des terres considérables (2).

On s'est demandé, si ce contrat était accessible aux particuliers, pour l'exploitation de leur domaine. Pour l'affirmative, on

1. L. 1, pr. D., *Si ager vectig.*
2. Hyginus, *de limit. const.* 206.

invoque un passage de Columelle, qui dit : « *Patris familias falicissimum fundum esse, qui colonos indigenas haberet, et tanquam in paterna possessione natos, jam inde a cunabulis longa familiaritate retineret* (1) », d'où on a conclu, que le contrat vectigalien devait être d'un emploi assez rare, en droit, sinon en fait, chez les particuliers. On cite encore un passage de Gaïus, qui dit : « *Veluti si qua res in perpetuum locata sit quod evenit in prædiis municipum* (2), » où, les biens de municipes, ne sont cités que *exempli causâ*, et non pas comme faisant exclusivement l'objet du contrat vectigalien.

Nous pensons, que dans le silence des textes sur la question, il vaut mieux adopter la négative. Le passage de Columelle serait-il nettement afirmatif, l'on en pourrait contester la valeur ; Columelle n'étant point jurisconsulte, et ne pesant pas sans doute la valeur des termes, au point de vue du droit. Au contraire, il est très vague. On est d'accord aujourd'hui pour reconnaître, que ce texte n'est pas relatif au *jus in agro vectigali* ; il fait allusion à des colons qui cultivent un champ où ils sont nés et qui avait été cultivé avant eux par leur père ; mais cette situation se rencontrera dans le cas des baux ordinaires.

Quant au passage de Gaïus, nous reconnaissons bien que les *prædia municipum* ne sont cités qu'à titre d'exemple ; mais, indique-t-il davantage que le bail vectigalien puisse s'étendre aux biens des particuliers ? (3).

Si l'on se reporte à la définition du *jus in agro vectigali* donnée par le jurisconsulte Paul (4), il semble que ce contrat devait être toujours perpétuel. Mais nous avons des textes formels, qui

1. Liv. I, ch. 7.
2. Gaïus, *comm.* III, § 145.
3. Vuy. *De orig. et natur. juris emphyt. romanor*, p. 67. *Contra.* Pépin le Halleur, p. 17.
4. L. 1 *pr.* D. *Si ager vectigalis petatur.* L. 11, § 1, D., *de public. et vectig.*

nous montrent, que le contrat vectigalien pouvait être fait tantôt pour une durée plus ou moins longue, ordinairement de cent ans, tantôt pour une durée absolument illimitée ; mais jamais *ad modicum tempus* (1). Quant au texte du jurisconsulte Paul, il suffit de remarquer, que le même jurisconsulte nous montre (2), qu'on pouvait également contracter *ad tempus* et que le *conductor* avait les mêmes droits qu'un tenancier perpétuel. Tout ce qu'on peut concéder, c'est que le bail perpétuel était beaucoup plus fréquent. Le bail vectigalien portait sur les fonds de terre, sur les *agri prædia rustica.*

On s'est demandé, s'il était applicable aux *prædia urbana*, autres que ceux laissées par les villes *in usu publico*. Une seule loi (3) du Digeste mentionne des *ædes vectigales*; elle porte : « *Si de vectigalibus ædibus non caveatur...* ». M. Vuy (4), fait remarquer que certains manuscrits, notamment la Vulgate, porterait ; « *Si de vectigalibus sedibus* » et Doneau (5) remarque fort bien, que même en maintenant le mot *ædibus*, on peut parfaitement entendre par là, les maisons élevées sur le sol vectigalien. Cette explication fort simple, a le mérite de concilier ce texte isolé avec tous les autres textes qui ne parlent que des *prædia rustica* ; nous n'hésitons pas à l'adopter (6).

Le *jus in agro vectigali* conférait des prérogatives analogues à celles de la propriété, sans cependant se confondre avec elle.

1. Hyginus. *De cond. agr.* (éd. Lachmann, p. 116); *Rei agrariæ auctores*, 205; *Gromatici veteres*, 116. Comp. Vinnius. *Comm.*, lib. III, t. 25, § 3, n° 3; Garsonnet. *Op. laud.*, p. 107. Voir aussi la loi 3, D., *eod. tit.*, et la loi 1, § 3, D., *de superficiebus.*

2. Loi 3, D., *si ager vectig.*

3. Loi 15, § 26, D., *de Damno infecto.*

4. *Op. laud.*, p. 66.

5. *Comm. jur. civil.*, liv. IX, ch. XVIII, § 11.

6. *Contra.* Garsonnet, *op. laud.*, p. 107 et note 2. Pellat. *Exposé des principes généraux de la propriété et de l'usufruit*, p. 601-613.

Le concessionnaire avait le droit d'user du fonds, auquel il donnait librement la destination qui lui paraissait convenable. Il acquérait les fruits par la simple séparation du sol (1), à la différence de l'usufruitier qui ne les acquérait que par la perception. Quelle est la raison de cette différence?. Les auteurs sont fort embarrassés pour donner une explication plausible. Le *jus in agro vectigali* est un *jus in re alienâ*, un *jus prædii* analogue à l'usufruit et aux servitudes prédiales ; il en résulte, que le concessionnaire devait avoir en théorie pure la *juris quasi possessio* et faire les fruits siens par la perception. Cependant, les auteurs sont d'accord, que le preneur vectigalien avait la *possessio rei* et qu'il faisait les fruits siens par la séparation du sol, comme le propriétaire et le possesseur de bonne foi.

Savigny, d'après Niebühr, nous donne une explication historique. On sait que, d'après ces savants, la possession envisagée séparément du droit de propriété, a été reconnue légalement pour la première fois au profit du détenteur de l'*ager publicus*, afin de lui donner un moyen de sauvegarder ses droits contre les usurpations. Plus tard, l'*ager vectigalis* fut formé sur le modèle de l'*ager publicus*, et malgré les différences profondes que l'on doit reconnaître entre les deux institutions, l'analogie était suffisante pour expliquer, comment mainte règle de droit créée pour l'*ager publicus* fut naturellement appliquée à l'*ager vectigalis*. Au nombre de règles empruntées au premier par le second, se trouve la *possessio rei* et l'acquisition des fruits par la séparation du sol (2).

Le preneur vectigalien avait le droit de disposer soit entre-vifs, soit par testament, en faveur du propriétaire, soit en faveur d'un tiers ; non pas du fonds lui-même, dont il n'avait pas la pro-

1. Loi 25, § 1, D., *de usus. et fruct*,
2. Savigny, *op. laud.*, p. 179 et seq. Pellat, *op. laud.*, p. 601-613,

priété, mais de ce *jus in re alienâ* qu'il avait sur le fonds (1). Il faut remarquer, toutefois, que tout en transmettant à un tiers à titre particulier le bénéfice de la concession, le preneur ne pouvait pas se décharger de l'obligation personnelle de payer le vectigal ; les modes d'extinction des obligations étant limitativement déterminés par la loi.

Le concessionnaire vectigalien transmettait son droit à ses héritiers, et ceux-ci, pouvaient le comprendre parmi les objets de l'*actio familiæ erciscundæ* (2).

Il pouvait engager le fonds pour la sûreté d'une créance (3) et le grever d'usufruit, d'après le droit prétorien (4).

Si plusieurs personnes possédaient par indivis un *ager vectigalis*, elles pouvaient intenter l'*actio communi dividundo* ; seulement, chose remarquable, les pouvoirs du juge souffraient quelque restriction dans l'intérêt du propriétaire concédant ; il était interdit au juge de partager, de quelque façon que ce soit, l'*ager vectigalis*. Le juge devait avoir l'attention d'adjuger le fonds en entier et non par régions divisées, pour ne pas compliquer la perception de la redevance en créant plusieurs redevables, au lieu d'un seul (5). L'identité des situations exigeait la même restriction au cas de l'*actio familiæ erciscundæ* (6). Le preneur pouvait également exercer l'*actio finium regundorum* (7).

L'*actio conducti* lui appartenait comme à tout autre fermier. Mais le préteur (8) lui donna en outre, dans le but d'éviter les

1. Loi 71, §§ 5, 6, *de legat.* I.
2. Loi 9, 10, D., *fam. ercisc.*
3. Loi 16, § 2, D., *de pign. act.* ; l. 31, D., *de pign. et hypoth.*
4. Loi 1 pr. D., *Quib. mod. usufr.* ; Fragm. Vaticana, § 61.
5. Loi 7 pr. D., *comm. divid.*
6. Loi 3 pr. et 10. D., *fam. ercisc.*
7. Loi 4, § 9, D., *fin. regund.*
8. Quelques auteurs pensent que les Prudents. *Sic* Muehler, *de jure emphyteutico transfer.*, p. 24, note 87 ; Gluck, VIII, p. 379. Ortolan, *op. laud.* t. II, p. 356.

recours multipliés contre l'État ou les cités, une action *in rem utilis*, que le jurisconsulte Ulpien appelle du nom expressif de *vectigalis actio* (1). Cette action lui permettait de poursuivre le propriétaire ou d'agir de son propre chef pour faire respecter son droit, sans avoir recours à une cession d'action.

La formule ne nous en est pas parvenue. Les auteurs ont essayé de la reconstituer. Suivant les uns (2), elle aurait été *in factum concepta*, à l'exemple de l'*actio quasi-serviana* ou *hypothecaria*, et aurait été conçue en ces termes : « *Si paret Aulum agerium conduxisse fundum a municipibus in perpetuum* (*vel in annos C*). » Suivant les autres (3), elle aurait été conçue *in rem*, mais avec l'emploi d'un terme général (*pertinere*) destiné à spécifier qu'il s'agissait d'un droit autre que la propriété : « *Si paret agrum vectigalem secundum legem locationis conductionis ad Aulum Agerium pertinere.* »

Le preneur vectigalien jouissait encore de l'action confessoire utile (4) et des actions *arborum furtim cæsarum et aquæ pluviæ arcendæ*, qui sont refusées à l'usufruitier (5). Il jouit aussi en sa qualité de possesseur, de la prérogative importante de n'être pas assujetti aux cautions : *judicio sistendi causâ* (6).

La question de savoir, si le preneur vectigalien pouvait exercer la *publiciana in rem actio* est très-délicate. Le doute provient de ce que, d'une part, la Publicienne repose sur une usucapion feinte ; dès lors, comment pouvait-elle être intentée au sujet d'un fonds qui ne pouvait pas être usucapé (7) ; d'autre part, de ce

1. Loi 1, § 1, D. *Si ager vectig* ; l. 16, D. *de servitut.* ; l. 66 *pr.* D. *de evict.* Maynz, *op. laud.* t. I, § 149, page 864.
2. Savigny, *Système*, t. V, p. 98 note ; Maynz, *ibidem.*
3. Pellat, *op. laud.* p. 613.
4. L. 16, D. *de servit.*
5. L. 3, § 4, l. 23, § 1, D. *de aq. pl. arc* ; l. 5, §§ 2, 3, D. *de arb. furt. cœs.*
6. L. 15, § 1, D, *qui satisd. cogant.*
7. L. 1, *pr.* D. *de publ. in rem act.* ; l. 9, § 5, *eod. tit.*

qu'un texte du jurisconsulte Paul nous dit : « *In vectigalibus et in aliis prædiis quæ usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt* (1).

Certains auteurs, pour réfuter la Publicienne, proposent d'expliquer ce texte de la manière suivante. Il ne se rapporterait pas au *jus in agro vectigali*, mais au cas où l'*ager vectigalis* lui-même a été vendu à une personne le croyant *ager privatus* et pensant en devenir propriétaire par la tradition qui lui en est faite ; autrement, l'objection rapportée par le jurisconsulte, que l'*ager vectigalis* n'est pas susceptible d'usucapion, n'aurait pas de portée.

Cette explication serait peut-être plausible, en ce sens seulement, que le texte cité ne tranche pas aussi formellement que l'on a prétendu la question en faveur de l'exercice de la publicienne ; mais de là, il ne s'en suit pas que les partisans de cette opinion soient complètement désarmés.

Ce serait une erreur manifeste de croire que la publicienne n'avait jamais été accordée que pour des droits susceptibles d'usucapion ; elle avait fini par être étendue aux fonds provinciaux et aux servitudes, à une époque où ces fonds et ces droits ne pouvaient être acquis par usucapion, aux droits de superficie et même de gage ou d'hypothèque (2).

Un texte formel (3) nous apprend, que la publicienne était accordée à celui qui avait cru de bonne foi acquérir un usufruit, une servitude rurale ou urbaine ; il en devait être de même et à plus forte raison lorsqu'il s'agissait du *jus in agro vectigali* (4).

1. L. 12, § 2, *eod. tit.*
2. Maynz, *op. laud*, t. I, p. 786, note 8.
3. L. 11, § 1, D. *de public. in rem act.*
4. *Sic.* Pépin le Halleur, *op laud*, p. 11, 105 et 106. C'est à tort que certains auteurs, comme M. Lefort, *Histoire des locations perpétuelles*. p. 42, M. Geoffroy, *Thèse doct.* Paris, 1875, p. 42 etc., ont cité Pépin le Halleur comme refusant l'action publicienne au preneur vectigalien.

« Le preneur vectigalien, dit M. Pellat, réunissait toutes les conditions habituelles de l'usucapion, et, s'il n'y parvenait pas, cela tenait à la rigueur de certaines règles un peu subtiles, et non à quelque vice attaché par une raison d'ordre public, comme pour les *res furtivæ* ou *vi possessæ*. Il était donc équitable d'admettre ici l'action publicienne, quoique ces fonds *usucapi non possunt*, et il n'y avait point d'antinomie réelle entre cette décision et celle qui, dans le paragraphe 5 de la loi 9 *de Publiciana in rem actio*, refuse la Publicienne pour les choses *quæ usucapi non possunt* : tout dépend des motifs qui rendent l'usucapion impossible (1). »

A l'objection qu'on pourrait faire, que le détenteur vectigalien n'a nul besoin de la Publicienne, puisqu'il peut déjà se défendre soit par les interdits, soit par l'action *in rem* (*de fundo vectigali*), on peut répondre : d'abord, les interdits ne lui sont utiles que contre ceux qui auraient usurpé, *aut vi, aut clam, aut precario*. S'il a perdu la possession d'une autre manière, sans doute il aura le choix entre l'action *in rem* et la Publicienne ; mais pour la première, il devra faire preuve complète de son droit, tandis que pour la seconde, il suffira qu'il prouve la tradition faite *ex justa causa* et de bonne foi, sans être obligé d'exhiber son titre, ce qui dans certains cas peut être plus avantageux pour lui (2).

Le concessionnaire vectigalien avait le droit, comme le fermier ordinaire, à une remise du vectigal dans les années stériles (3).

Les armes défensives ne lui faisaient pas non plus défaut. Il avait certainement l'interdit spécial, *quominus loco publico*, accordé par le préteur à tous ceux qui avaient la jouissance d'un

1. Pellat, *op. laud*, p. 565. Molitor, *op. laud.* p. 44 et 282 ; Maynz, *op. laud*, t. I, p. 796 et 864.
2. Bonjean, *Des Actions*, II, p. 150.
3. L. 15, § 4, D. *loc. cond.*

fonds public, affermé moyennant une redevance (1). Plusieurs textes (2) du Digeste prouvent que le preneur vectigalien avait la *possessio naturalis* ou *corporis possessio*; d'où il doit s'en suivre, qu'il pouvait recourir aussi aux interdits possessoires de droit commun (3).

En présence des droits aussi étendus, d'avantages équivalents à la propriété, conférés par la concession vectigalienne, les jurisconsultes romains se posèrent la question si importante et si longuement débattue, de savoir, quelle était la nature du *jus in agro vectigali* : si c'était une vente dont le prix aurait consisté en annuités, ou un simple louage. Sur une foule des points la controverse n'existait pas, puisqu'on se trouvait en présence de solutions législatives déjà données, soit par des jurisconsultes, soit par les empereurs. C'était sur les points laissés sans solution, comme par exemple : la question des risques et périls du fonds ou de la récolte, qu'il était intéressant de savoir laquelle de deux théories était applicable.

Pour les uns, c'était une vente, parce que : le concessionnaire avait la jouissance la plus large qu'on puisse avoir d'une chose; il faisait les fruits siens par la seule séparation du sol, il pouvait disposer en aliénant ou transmettant son droit, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, soit par testament, soit *ab intestat*; il jouissait d'une foule d'actions qu'on n'a jamais accordées au locataire; enfin, il était dispensé de donner la *cautio sistendi causa*.

Pour les autres, au contraire, c'était un louage, parce que : le concessionnaire devait acquitter chaque année à l'État ou à la cité, qui était restée propriétaire, une redevance en retour de sa jouis-

1. L. 1, D., *de loco publico fruendo*.

2. L. 15, § 1, D., *qui satisd. cog.*; l. 25, § 1, D., *de usur et fruct.*, l. 31, D., *de pignor.*, l. 16, D., *de servit.*

3. Pellat, *op. laud.* p. 608, n'accorde au preneur vectigalien que les interdits quasi-possessoires ou utiles.

sance, sous peine de voir son contrat résolu de plein droit, ce qui est incompatible avec la qualité de propriétaire. C'est cette dernière opinion qui finit par triompher : « *Sed magis placuit locationem conductionemque esse* », dit Gaïus, en rapportant cette controverse (1). Cette opinion est aussi celle de Papinien (2). Dans les textes du Digeste, partout le contrat vectigalien reçoit la dénomination de *locatio conductio*.

De cette assimilation au louage, on a dû conclure, que tous les autres points pour lesquels il n'y avait pas de texte, devaient être réglés d'après les principes plutôt du louage, que de la vente. D'où, les conséquences suivantes :

a. — Que le concessionnaire n'a aucun droit au trésor trouvé par un tiers dans l'*ager vectigalis* ; ses droits étant restreints aux fruits et à ce qui pourrait être considéré comme tel ;

b. — Que, en cas de perte totale ou partielle du fonds loué ou de la récolte, le preneur était complètement ou partiellement libéré ;

c. — Que le concessionnaire ne pouvait pas *jure civili* grever le fonds de servitudes.

d. — Qu'il n'a aucun droit à l'île formée dans le cours d'eau qui traverse le fonds vectigalien, bien qu'on pût cependant prétendre que cette île, étant une dépendance du fonds, devait se confondre avec lui.

Quelques auteurs contestent le droit du preneur vectigalien de grever le fonds de servitudes, même *jure prætorio*, car disent-ils, il n'y a de servitude qu'à la condition qu'il existe une action réelle au profit du propriétaire du fonds dominant ; or, dans les idées des Romains, les actions *in rem* sont des prérogatives singulières qui ne peuvent exister qu'en vertu d'une loi positive.

1. Gaïus. *Comm.* III, § 145.
2. L. 15, § 4, D., *de loc. cond.*

Sans doute, ajoutent-ils, on peut transférer à autrui un droit réel tout entier, mais la multiplication des actions réelles par le fractionnement du droit principal est interdite (1).

Nous ne partageons pas cette opinion. Évidemment, le preneur vectigalien, qui n'est pas propriétaire, qui n'a qu'un droit réel prétorien, ne peut pas concéder une servitude *jure civili*, mais pourquoi ne pouvait-il pas établir des servitudes qui vaudront *jure prætorio* ? Nous avons déjà vu que le préteur lui permettait de grever le fonds d'un droit réel d'usufruit et de gage (2); pourquoi ne lui aurait-il pas permis de même, l'établissement de servitudes prédiales ? Il est vrai, que comme son droit est résoluble, soit pour abus de jouissance, soit pour défaut de paiement du vectigal, soit par l'arrivée du terme ; et que, comme ces causes de résolution sont renfermées dans le titre même du preneur vectigalien, les charges disparaîtront à la fin du bail. Mais le préteur n'admet-il pas la constitution des servitudes *ad tempus* ? La seule limite imposée aux droits du preneur vectigalien n'est-elle pas la défense de détériorer le fonds (3) ?

Passons maintenant aux obligations du concessionnaire.

La première obligation était de jouir du fonds concédé en bon père de famille ; de l'entretenir et de répondre de sa faute et de celle des gens qu'il employait. Nous n'allons pas jusqu'à lui imposer l'obligation d'améliorer ; tout ce qui lui incombait, c'était de ne pas détériorer le fonds.

La seconde et principale obligation consistait dans le payement du vectigal ; cette redevance était payable soit en argent, soit en

1. Thibaut. *Versuche*, t. 2, p. 268 ; Pépin le Halleur, p. 14 et 70, M. Lefort, *op. laud.* p. 40.

2. L. *pr.* D., *quid. mod. us.* ; l. 16, § 2, D., *de pign. act.* Fragm. Vatic. § 61.

3. Molitor. *Les Obligations en droit romain*, (2e éd. 1866), p. 718. M. Accarias, *op laud.* t. I, n° 283 *bis*. — Maynz, *op. laud.* t. I, p. 862.

nature. Le taux du vectigal variait à l'infini, suivant le temps, les lieux et la nature des biens concédés. Généralement, la coutume était de donner le dixième du produit ; de là, l'expression *decumani*, que l'on donnait aux fonds et aux preneurs vectigaliens eux-mêmes (1). Certains pays fournissaient jusqu'au cinquième du produit, d'autres le septième, et enfin d'autres, le vingtième seulement.

Le vectigal, de même que la *merces* dans le louage ordinaire, devait être payé à des échéances périodiques. Le preneur avait droit à une remise totale ou proportionnelle, si le fonds devenait stérile par suite d'événement fortuit (2).

Si le *vectigal* n'était pas payé pendant deux années consécutives, le droit du preneur se trouvait de plein droit résolu (3). C'est une nouvelle conséquence de l'assimilation de ce contrat au louage. Toutefois, il faut admettre, avec M. Vuy (4), qu'à l'origine, cette déchéance ne résultait pas naturellement du contrat ; elle devait être exprimée par une clause spéciale ; mais, dans la suite, on l'a considérée toujours comme sous-entendue.

Le preneur vectigalien devait supporter toutes les charges fiscales, qui pouvaient peser sur le fonds, bien qu'il ne fût pas propriétaire. La raison en est, que le preneur était assimilé au propriétaire, et que les textes qui traitent de la perception des impôts en rendent toujours redevable le possesseur (5).

Quelques mots seulement, sur la manière dont s'établissait cette concession : *jus in agro vectigali*.

La source habituelle était le contrat, soumis à quelques formalités. A Rome, le censeur, dans les municipes, les magistrats mu-

1. Cicéron, *in Verr.* II, 3, 6, 8, 11, III, 5, 81.
2. L. 15, § 4, D. *de loc. cond.*
3. L. 56, D. *eod. tit.*
4. Vuy, *op. laud.* p. 76, note 152. *Contra*, Pépin le Halleur, p. 16.
5. L. 7. D. *public.* l. 36, D. *de jure fisci.* et l. 5, D. *de censib.*

nicipaux, étaient chargés d'adjuger aux enchères (1), les baux vectigaliens. Il est permis de croire, que les magistrats municipaux avaient la faculté de louer à leurs risques et périls les biens communaux, sans recourir à la publicité de l'adjudication (2).

M. Maynz (3) signale une remarquable différence entre la concession de l'*ager vectigalis* par l'Etat, et celle qui en était faite par les cités. L'État ne traitait pas directement avec les cultivateurs, mais avec les entrepreneurs appelés : *mancipes*, *redemptores* ou *publicani*. Les associations des *publicani* se composaient en très grande partie de chevaliers et formaient des coalitions formidables par leurs richesses, leur esprit de corps et la protection qu'ils trouvaient dans le Sénat (4).

Les *publicani* se rendaient adjudicataires de vastes étendues de terres et les sous-louaient ensuite, par petites fractions, à une classe d'individus nommés *aratores*. De cette manière, les sous-locataires, c'est-à-dire, les vrais fermiers, ne jouissaient que d'un bail ordinaire, qui n'avait point le caractère de stabilité propre aux locations des *agri municipum*.

Le *jus in agro vectigali* pouvait-il s'acquérir par usucapion ? Non, sans doute, après que la loi Scribonia eut défendu l'usucapion de *jura in re*.

Le droit vectigalien pouvait-il, du moins, s'établir par la *præscriptio longi temporis* ?

C'est une question vivement controversée, dont nous réservons l'examen pour la deuxième partie de cette étude, consacrée à l'emphytéose.

Quels étaient les modes d'extinction du *jus in agro vectigali*? Quelques-unes des causes d'extinction nous sont déjà connues.

1. L. 9, Dig. *de public. et vectig.*, l. 4, C. *de vectig. et comm.*
2. Rivière, *Des biens communaux*, p. 80.
3. *Op. laud.* t. I, p. 858 note 4.
4. Tite-Live XXV, 3; XXXIX, 4; Cic. *pro Flacco*, 4.

Ce sont : le défaut de payement du vectigal, l'arrivée du terme ou de la condition. Il faut y ajouter la *restitutio in integrum*, quand les droits de la ville n'avaient pas été suffisamment protégés. C'était là, une faveur spéciale accordée aux cités qu'on avait assimilées aux mineurs : *minorem jure uti solent*; *rempublicam ut pupillam extraordinem juvari moris est*, nous disent les textes (1).

La requête était adressée à l'empereur ou au président de la province ou au magistrat qui en tenait lieu. L'existence de ce remède extrême nous explique, pourquoi les cités et autres personnes morales pouvaient concéder un pareil bail, sans aucune autorisation préalable du pouvoir impérial (2).

Une autre cause d'extinction est la perte totale du fonds. Si la perte n'était que partielle, on doit penser qu'alors, le concessionnaire avait droit à une diminution proportionnelle de la redevance; et cette décision est d'autant plus admissible, qu'elle se rattache intimement à ce que nous avons dit à propos du cas de stérilité du fonds. Un pareil droit a dû être la conséquence nécessaire de l'assimilation du bail vectigalien au contrat de louage.

Enfin, un dernier mode d'extinction est la prescription, que nous étudierons à propos de l'emphytéose.

§ 2. — *Comparaison entre l'*ager vectigalis *et l'*ager publicus.

Le premier point à constater, c'est que le bail vectigalien présentait pour l'État les mêmes avantages que la *possessio* de l'*ager publicus*. Les deux concessions se faisaient également pour un

1. L. 3, C. I. *de jure reipublicæ*; l. 3 et 4, C. I. *quibus ex causis*; l. 1. C. I. *de officio ejus*.
2. Rivière, *op. laud.*, p. 82.

temps fort long ou à perpétuité. Elles conféraient aux concessionnaires la jouissance la plus étendue et tendaient, de plus en plus, à s'assimiler presque tous les avantages de la propriété ; néanmoins, sans jamais arriver à absorber le droit de propriété *ex jure quiritium*, réservé à l'État et aux cités. Les deux concessions étaient également protégées par le préteur, au moyen des interdits possessoires.

Malgré ces analogies frappantes, l'*ager publicus* se distinguait de l'*ager vectigalis*, par des différences profondes.

D'abord, l'*ager publicus* était une concession éminemment révocable au gré de l'État, sans avoir besoin d'articuler le motif. L'*ager vectigalis*, au contraire, présentait ce caractère de permanence, de stabilité (tant que le tenancier ne manquait pas à ses obligations), qui lui a valu une place si importante dans l'économie agricole des cités et des corporations.

Le *jus in agro vectigali*, présentait, à la différence des *possessiones*, le caractère mixte du louage et de la vente, et il était plus nettement rangé dans la classe des locations.

Le *jus in agro vectigali* était protégé par l'*actio in rem utilis* (*de fundo vectigali*), tandis que les *possessiones*, n'étaient protégés que par les interdits possessoires.

Maintenant, on peut se demander, si le *jus in agro vectigali* a pris directement sa source dans la *possessio* de l'*ager publicus*, ou s'il ne l'a pas longtemps côtoyé sans se mêler avec lui ?

Suivant Savigny (1), l'*ager vectigalis* fut formé sur le modèle de l'ancien *ager publicus*, de sorte, qu'il n'est qu'une forme nouvelle, un fermage plus récent et mieux assuré que les *possessiones* de l'*ager publicus*.

Au dire de M. Lattes (1), « il serait impossible de savoir quel fut le prêteur ou le jurisconsulte qui, le premier osa donner nais-

1, *Op. laud.*, p. 175 et 183.

sance à l'*ager vectigalis*. Si l'on veut bien, toutefois, considérer qu'il est fort admissible que le mot *vectigalis* ait été substitué au mot *publicus* par inadvertance ; puisque Festus dit que : *vectigalis æs appellatur quod præter tributum et stipendium et hordiarium populo debetur* (2) ; il y a lieu de croire que ce fut par l'emploi irréfléchi de ce mot que se forma cette nouvelle doctrine. « Sous la République, les terres de l'État conservèrent le nom d'*ager publicus*, parce que le vectigal n'était pas le fait caractéristique de cette institution, mais bien l'état de précarité de la concession. Sous l'Empire, au contraire, cette théorie se trouva complètement renversée et la précarité telle qu'elle existait dans le principe ne fut plus reconnue par la loi : on trouva donc conséquent de donner à la nouvelle le nom d'*ager vectigalis*. »

Nous inclinons plutôt à croire, que de très bonne heure, une partie de l'*ager publicus* fut concédée à titre d'*ager vectigalis* ; et nous constatons, que les grandes affinités existant entre ces deux contrats, ont dû sans aucun doute apporter une certaine confusion dans ces deux théories et occasionner bien des erreurs, de la part aussi bien des jurisconsultes romains, que de nos auteurs modernes.

SECTION IV

DES FONDS PROVINCIAUX.

Nous croyons qu'il entre dans le cadre de notre étude, de tracer un rapide aperçu sur la condition des fonds provinciaux. Nous verrons des points de ressemblance avec l'*ager vectigalis* et nous

1. *Op. laud.* p. 32 et 33.
2. Festus, 16, 21, p. 171. *Cfr.* Puchta, *Instit.* § 245, n. *a*.

indiquerons aussi les différences. L'étude de la condition de fonds provinciaux a une autre utilité : elle se rattache aux investigations auxquelles nous nous sommes livré ; car il y a des auteurs (1), qui on put voir dans le *provinciale solum* l'origine de l'emphytéose.

D'après les principes de droit international des Romains, le territoire conquis appartenait à la République. Ce principe n'était guère, à la vérité, appliqué dans toute sa rigueur, aux propriétés des particuliers, on laissait aux propriétaires leurs biens, au moins en partie, et on leur accordait la même protection qu'aux citoyens de Rome. Le territoire de l'Italie, à la suite de la guerre sociale, jouissait de ce qu'on appelait : le *jus italicum*, c'est-à-dire, de toutes les prérogatives de l'*ager romanus* : *dominium ex jure quiritium* et exemption de l'impôt foncier.

Il n'en fut point de même des autres contrées conquises par la suite. Les terres y étaient considérées comme appartenant toujours au peuple romain, et bien qu'on laissât ordinairement aux anciens propriétaires nommés *peregrini*, les fonds qu'ils cultivaient, on ne leur attribuait point le *dominium ex jure quiritium*, mais seulement la possession et la jouissance. « (*Quia in provinciali solo*) dit Gaïus, *dominium populi romani est vel Cæsaris, nos autem possessionem tantum et usum fructum habere videmur* » (2).

Une conséquence naturelle de cette manière d'agir, était d'imposer aux possesseurs une redevance annuelle, pour la jouissance que Rome avait bien voulu leur accorder. C'est l'origine de l'impôt foncier dont le *solum provinciale* était grevé, et dont l'Italie et les

1. Du Roi, *über actio in rem* (Archiv. fur Civil. Praxis, t. VI, p. 388) ; Büchel, *über jura in re*, etc. p. 25. *Comp.* Vuy, *op. laud.* p. 49. Molitor, *de la Possession*, p. 45.

2. *Comm.* II, § 7. Théophile : *Paraphrase*, § 40 Instit. *de divis. rer.*. dit qu'ils avaient la jouissance *très pleine*.

villes situées hors de la péninsule, qui jouissaient du *jus italicum*, restèrent exemptes jusqu'au troisième siècle de l'ère chrétienne.

Ainsi, par l'effet de la conquête, le peuple romain ou le souverain, s'attribua un droit supérieur, une sorte de domaine éminent, sur tous les fonds provinciaux.

Suivant Niebühr et Savigny, la propriété de l'État dans les provinces, n'était qu'une fiction inventée pour expliquer l'impôt foncier et les confiscations.

La perception de la redevance du *vectigal*, était, croyons-nous, le seul attribut du domaine éminent retenu par l'État : le fisc n'avait jamais le droit de résolution faute de payement de la rente, et les confiscations faites par les empereurs, des fonds provinciaux, pour les concéder aux vétérans, ne furent qu'un acte exercé en vertu de l'omnipotence impériale (2).

Suivant que la province était attribuée au peuple, représenté par le sénat, ou à l'empereur, (distinction qui date d'Auguste), la redevance qui prit à la longue le caractère d'un impôt, se payait, soit au trésor public (*ærarium*) et s'appelait *stipendium*, soit à la caisse impériale (*fiscus*) et s'appelait *tributum*. C'est de là que vient la distinction des *prædia stipendiaria* et de *prædia tributaria*, indifférente du reste, au point de vue du droit privé (3).

Les provinces étaient régies : *a*) par la loi qui leur avait été imposée au moment de la conquête, *formula provinciæ* (3) ; *b*) par des lois et des sénatus-consultes faits à Rome, tantôt pour toutes les provinces, tantôt pour l'une d'elles en particulier (4) ; *c*) par

1. M. Garsonnet, *op. laud.*, p. 134.
2. Gaïus, *comm.* II, § 21. Instit. Just. § 40 *de div. rer.*
3. Cicéron, *in Verr.* II, 13 ; Tite-Live, XLV, 29.
4. Instit. Just. lib. I, tit. 20, *de Atil. tut. pr.*; Ulpien : *Regulæ*, XI, 1, Cicéron, *in Verr.* III, 70 ; *ad Att.* V, 21.

l'édit que le gouverneur publiait à l'instar de celui dressé à Rome par le préteur urbain (1).

Au reste, le sort et l'organisation des provinces offraient beaucoup de variétés sous la République ; c'est seulement sous les empereurs que l'uniformité s'établit peu à peu entre les diverses parties de l'Empire.

Les fonds provinciaux, avons-nous dit, n'étaient pas susceptibles de propriété *optimo jure*, de *dominium ex jure quiritium*, lequel appartenait exclusivement à l'État ; ils ne pouvaient faire l'objet que d'une propriété *de fait* : c'est-à-dire, de la possession et de la jouissance ; de là des différences importantes avec les fonds italiques. Voici les principales.

Le fonds italique est compté dans la fortune du citoyen romain dont il contribue à élever le cens, mais il est exempt d'impôt. Pour le fonds provincial, c'est le contraire qui est vrai. C'est un point de grande importance, au point de vue surtout de l'organisation des comices par centuries, où le cens est pris pour base de la classification des citoyens (2).

Le fonds italique était *res mancipi*, il pouvait s'acquérir et se transmettre par les modes éminemment propres au *jus civile* : *mancipatio*, *in jure cessio*, *usucapio*, etc., le fonds provincial était *res nec mancipi*, et il n'était susceptible d'acquisition ou de transmission, que par les modes *juris gentium* ou par les modes prétoriens. — Si la tradition s'appliquait au sol provincial, cela s'explique par cette considération, que la tradition a pour effet immédiat de transférer la possession et pour effet médiat de transférer la propriété, quand cela se peut ; car, cet effet secondaire n'accompagne pas toujours le premier. Or, rien ne s'opposait à ce que celui à qui un fonds provincial avait été livré en

1. Cicéron, *ad Famil.* III, 8 ; *ad Att.* V, 21 ; VI, 1.
2. Cicéron, *pro Flacco*, 32, M. Garsonnet, *op. laud*, p. 134.

acquît la possession, mais non la propriété, qui ne pouvait appartenir qu'au peuple romain ou à l'empereur.

Le fonds italique était protégé par la *rei vindicatio* et les interdits possessoires, — le fonds provincial paraît n'avoir été protégé à l'origine, que par des interdits (1), — et, ce n'est que grâce à la longue possession dont le préteur a dû tenir compte, qu'on est arrivé à accorder une garantie plus énergique, par l'introduction d'une action réelle utile, qui ne diffère de la *rei vindicatio* que par la formule et qui produit des résultats identiques (2).

Remarquons toutefois, que si quelqu'un avait reçu *a non domino* et de bonne foi un fonds provincial, quoiqu'il ne pût pas l'acquérir par usucapion, il pouvait après l'avoir possédé pendant 10 ou 20 ans, opposer à l'action du propriétaire un moyen de défense appelé *longi temporis præscriptio*, et peut-être, même le revendiquer s'il en perdait la possession (3).

Le fond provincial n'était susceptible d'être grevé que de servitudes prétoriennes. L'inhumation d'un mort ne le rendait pas religieux dans la rigueur du droit, bien qu'en pratique on le tint pour tel. On n'y prenait pas d'auspices valables, à moins de l'avoir assimilé fictivement au sol italique (4). Le trésor trouvé *in*

1. Pellat, *op. laud.* p. 43.

2. Pellat, *op. laud.* p. 42 et 43.

3. C'est à cette action que Justinien fait allusion au Code : l. 1, pr. *de præscr. trig. vel quadrag. ann.* Un ancien agrimensor : Aggénus Urbicus (*Rei agrariæ scriptores*, éd. Goës, p. 76) dit formellement : « *Vindicant tamen inter se non minus ex ac si privatorum agrorum* », d'où certains auteurs ont conjecturé, que cette action réelle n'était autre chose, que la revendication usitée dans le pays antérieurement à la conquête, et que les Romains l'avaient laissée subsister. Voyez dans Pellat, *op. laud*, p. 43 note 3, la réfutation de cette opinion, et remarquez la variante de lecture du passage : « *vindicant inter se* FINES,... » au lieu de : « *vindicant inter se* NON MINUS.... »

4. Gaïus, *Comm.* II, § 7 ; Pline le jeune, *Epist.* X, 59 ; Tite-Live XXII, 1,

reliogiosis sacris appartenait pour moitié au fisc (1), puisque l'État avait retenu le *dominium*. La femme en tutelle perpétuelle pouvait aliéner le fonds provincial sans l'*auctoritas tutoris*, car il lui était permis d'aliéner sans cette *auctoritas* toutes les *res nec mancipi* (2). Ce qui est plus remarquable encore, c'est que la loi Julia *de fundo dotali*, qui défendait au mari d'aliéner le fonds dotal, sans le consentement de sa femme, n'était pas applicable au fonds provinciaux (3).

Ces différences notables entre les fonds italiques et les fonds provinciaux existaient cependant, plutôt à la surface, qu'au fond des choses. En réalité, il faut bien le reconnaître, le droit du possesseur était une sorte de propriété de *fait*, ayant ses actions et ses exceptions ; c'est pour cela que nous rencontrons, dès le IIIe siècle de l'ère chrétienne, l'expression *dominium* ou *proprietas* donnée à la possession légale des fonds provinciaux, et l'expression de *dominus* ou *proprietarius* donnée au possesseur de ces fonds (4).

L'assimilation de cette propriété *juris gentium*, avec la propriété romaine, était d'ailleurs, devenue d'autant plus facile, que l'impôt foncier avait été étendu à l'Italie et à toutes les villes qui jouissaient du *jus italicum*, que les formes vieillies du droit civil avaient été abandonnées, que la prédominance du droit prétorien, sur les principes rigoureux du droit civil, s'accusait de plus en plus, et qu'enfin, l'on avait reconnu la nécessité de parer à des besoins semblables, par des dispositions analogues.

La distinction du sol italique et du sol provincial était donc, dès avant Justinien effacée dans le droit public et n'avait plus de

1. L. 3, § 10, D. *de jure fisci*.
2. Gaius, *Comm.* II, § 192. Ulpien, *Reg.* XI, § 27.
3. Instit. Justin. *pr.*, *Qulb. alien, lic. vel non* (II-8).
4. Loi 9, C. *de pign. et hyp.* ; l. 2, C. *ubi in rem act.* l. 13, D. *de acq. rer. dom.* Fragm. Vatic. § 283 et § 316.

sens dans le droit privé. Cet empereur n'accomplit donc pas une révolution juridique en supprimant cette distinction, ainsi que celles des *res mancipi* et *nec mancipi*, du *nudum jus quiritium* et de l'*in bonis*, de l'usucapion et de la *præscriptio longi temporis*, et tout le vieil édifice de la propriété quiritaire (1).

Il y avait cependant, des points notables de ressemblance entre l'*ager vectigalis* et les fonds provinciaux (2). Nous n'en indiquerons que quelques-unes. La redevance annuelle s'appelait également vectigal, elle consistait soit en argent, soit en nature, et le *quantum* variait suivant les différentes catégories des provinces. Le recouvrement du vectigal des fonds provinciaux s'opérait partout de la même manière : pour une catégorie des provinces (*populi stipendiarii*), le paiement se faisait directement à l'État, pour une autre catégorie : *agri decumani*, on l'affermait à des publicains.

Mais les fonds provinciaux se distinguaient de l'*ager vectigalis* sous beaucoup des rapports essentiels :

Le *provinciale solum* était le sol que l'État avait laissé à ses anciens propriétaires, au lieu de leur être enlevé et incorporé dans l'*ager publicus*. L'*ager vectigalis* était au contraire, une portion de l'*ager publicus* que l'État concédait à ceux qui voulaient l'exploiter comme preneurs vectigaliens.

L'État, la cité, la corporation, qui avait concédé l'*ager vectigalis*, n'en conservait pas moins le *dominium ex jure quiritium*, si, bien entendu, le fonds était situé en Italie ou dans un territoire jouissant du *jus italicum* ; le concédant pouvait revendiquer *civili in rem actione*, et le concessionnaire avait l'action réelle prétorienne ou utile.

1. L. un. C. J. *de nud. jur. quir. toll.* ; l. un. C. J. *de usucap. transf.* M. Accarias, *op. laud.* t. I, p. 497 ; M. Garsonnet, *op. laud.* p. 147.
2. *Vatic. fragm.* § 61.

Au contraire, lorsqu'il s'agissait des fonds provinciaux, l'État ou l'Empereur, à qui est réputé appartenir un *fundus stipendiarius* ou *tributarius*, n'avait pas l'action *in rem*, les possesseurs avaient seuls cette action.

L'État, la cité ou la corporation, à défaut de payement du vectigal, avait le droit de résoudre la concession et reprendre le fonds vectigalien. Un pareil droit n'appartenait pas à l'État ou à l'Empereur : tout ce qu'il pouvait faire, c'était de vendre le fonds provincial et d'user d'une voie spéciale d'exécution : *la pignoris capio* (1).

Il est à remarquer que, si une cité ou une corporation ayant un *fundus stipendiarius* ou *tributarius*, le concédait à titre d'*ager vectigalis*, il y avait alors trois personnes à considérer : le peuple ou l'empereur propriétaire nominal ; la cité ou le collège propriétaire véritable, et le preneur vectigalien (2).

SECTION V

BIENS DU DOMAINE IMPÉRIAL

§ 1. — *Formation et composition*

Les nombreuses lois agraires, qui agitèrent si fréquemment et si violemment la république romaine, n'avaient pas réussi à empêcher l'agglomération croissante des fortunes exorbitantes. La lutte atroce et désespérée, engendrée entre les pauvres et les riches, était le mal qui rongeait le cœur de la république et la ruinait dans ses fondements. C'est de là que sortit l'empire des Césars !

1. Pellat, *op. laud.* p. 609 ; M. Garsonnet, *op. laud*, p. 134.
2. Pellat, *ibidem.*

Rome vit sa constitution modifiée, et insensiblement ses institutions.

Avec Auguste apparaît la distinction entre le trésor du peuple : *ærarium*, et le trésor de l'empereur *fiscus*, comme conséquence de la division des provinces entre le prince et le Sénat ou le peuple.

L'*Ærarium*, trésor public par excellence, était certainement le plus riche à l'origine. Outre les revenus des provinces et ceux des débris de l'*ager publicus*, c'était lui qui recevait les produits des confiscations (*publicationes*), et en particulier, les biens vacants et les bénéfices de *caduca* résultant de l'application de la loi *Papia Poppœa*.

Cet état des choses ne dura pas longtemps.

L'Empire commença à se dépouiller peu à peu de ses formes républicaines, qu'avait conservé le principat d'Auguste, et qui déguisaient le déspotisme, sous l'apparence de la souveraineté du peuple. Lorsque le despotisme impérial fut entièrement consolidé par le servilisme des citoyens et du sénat, les empereurs se crurent au-dessus des lois et leur volonté devint la seule règle, leur caprice, un ordre. Rien de plus naturel, dès lors, que de considérer comme siens les provinces du Sénat, et de s'attribuer, comme faisant partie de leur propre patrimoine, tous les revenus du trésor public. La distinction entre l'*ærarium* et le *fiscus* tendit à s'effacer de plus en plus ; si bien, qu'après la période des Antonins, le premier finit par être absorbé par le second ; de sorte que, dans les Codes Théodosien et Justinien les deux expressions sont souvent employées l'une pour l'autre (1).

Mais, si la séparation entre les revenus du prince et ceux de l'État, tirée de la diversité des provinces, ne se maintint pas d'une

1. LL. 2 et 3, C., J. *de quadr. prœs.*, l. *ult.* C. J. et Th. *de bonis vacant.*, D., l. 13, *pr.* et § 1, l. 15, § 5, *de jure fisci.*

manière absolue ; il y eut toujours une distinction nettement marquée, sous le rapport de certaines sources de produits et sous le rapport de l'administration et de la comptabilité (1).

Le domaine ou le trésor du prince comprenait : les biens qui formaient la dotation ou le domaine de la couronne, avec leur affectation aux services de l'empereur, en sa qualité de souverain régnant; les biens personnels du prince, apportés lors de son avénement au trône, qui formaient le domaine patrimonial ou le domaine privé. Le domaine impérial s'augmentait, en outre, chaque jour, par des cadeaux offerts par les villes, par des confiscations odieuses, et depuis Caracalla, par l'attribution au fisc des biens vacants et des bénéfices provenant de lois caducaires.

La confusion des pouvoirs publics dans la personne de l'empereur, avait introduit la confusion et l'obscurité dans les principes de la domanialité. Il est fort difficile de discerner d'après les textes, les biens qui faisaient partie du domaine de l'Etat, ceux qui entraient dans le fisc impérial, et ceux qui faisaient partie du domaine patrimonial de l'empereur; ainsi que les règles qui étaient applicables distinctement à chacune de ces trois espèces des biens.

Nous ne voulons pas nous attarder sur les controverses élevées sur ces points. — Nous nous contenterons d'indiquer les opinions de quelques auteurs, sur les *fundi patrimoniales* et les *fundi fiscales* qui composaient le domaine impérial.

D'après les uns (2), les *fundi patrimoniales* sont les biens personnels de l'empereur, administrés par le *comes sancti patrimonii*, hors du commerce, transmissibles aux successeurs du prince, mais non à ses héritiers, s'ils ne règnent pas ; les *fundi fiscales* ou *rei privatæ*, constituent le patrimoine privé de l'em-

1. Serrigny. *Droit public et administratif romain*, t. 1, p. 97.
2. M. Garsonnet, *op. laud.* p. 28.

pereur, administrés par le *comes rei privatæ*, placés dans le commerce, et transmissibles aux héritiers du prince, quand même ils ne règneraient pas.

Suivant d'autres auteurs, les *fundi patrimoniales* ou *rei privatæ* sont les biens dont l'empereur était propriétaire comme un particulier, placés dans le commerce et qu'il transmettait à ses héritiers ; les *fundi fiscales* ou *quasi rei privatæ* sont les mêmes biens, qu'il devait transmettre à ses successeurs au trône et qui étaient hors de commerce.

Cujas (1), distinguant les *bona patrimonialia* des *bona fiscalia*, admet bien que les premiers passent aux héritiers de l'empereur et les seconds à ses successeurs au trône seulement ; mais lorsqu'il s'agit de savoir lesquels sont dans le commerce, il nous dit : « *Fiscalium rerum est commercium... patrimonialium non item.* » D'autres enfin, se plaçant à un point de vue tout différent, distinguent les biens du domaine impérial d'après leur destination ; les *fundi rei privati* se rapportent aux terres du domaine impérial, destinées à subvenir aux dépenses de l'État, les *fundi patrimoniales* désignent la partie de ce même domaine spécialement affectée aux dépenses personnelles de l'empereur et de sa maison (2).

Nous n'insistons pas davantage sur cette controverse, qui n'a pas directement trait à notre sujet, d'autant plus, qu'il y a là un véritable chaos, il faut le reconnaître (3).

1. *Paratilla, in libros*, IX, *Cod. Inst.* I. 33.
2. Laferrière. *Histoire du dr. français*, t. II, p. 541. Troplong, *du louage*, t. I, p. 150.
3. Comp. Serrigny, *op. laud.* t. II, p. 40, et suiv. Laboulaye. *op. laud.*, p. 119.

§ 2. — *Modes d'exploitation.*

Le domaine impérial comprenait une immense étendue de territoire, dans la plupart des provinces de l'empire ; au total, moins en Italie que dans les autres provinces.

De trop grandes richesses eussent afflué dans le trésor du prince, si toutes les terres eussent été fertiles, exploitées par des bras libres et laborieux. Malheureusement, il n'en était pas ainsi.

Déjà, à la fin de la république, la petite propriété n'était qu'une fort rare exception ; les *latifundia* l'avaient engloutie. De l'aveu de Cicéron (1), on ne comptait à Rome dans le siècle qui précède la destruction complète de la république, que deux milles citoyens qui possédassent une fortune indépendante. Columelle (2), cite des propriétaires qui ne pouvaient faire à cheval le tour de leurs domaines. Sénèque (3), déplore comme un fléau l'étendue démesurée des propriétés et remarque que les rivières qui jadis avaient séparé des nations ennemis, traversaient maintenant les domaines d'un simple particulier. La moitié de l'Afrique romaine appartenait à six propriétaires, quand Néron les fit égorger (4).

Quelles furent les conséquences funestes de cette concentration presque fabuleuse des patrimoines ? La dépopulation et la stérilité des campagnes. La forte population libre, où se recrutaient jadis les légions, disparaissait des vastes *latifundia* de l'Italie et des provinces, pour laisser place à une population dépendante et servile. Avec l'extinction progressive et incurable

1. *De Off.* II, 21.
2. *De Re rust.*, I, 3.
3. *De Benef.* VII, 10. — Épist. 49.
4. Pline. *Hist. Natur.* XVIII, 7.

des classes agricoles, disparaissaient le travail et l'industrie ; la terre abandonnée se changeait en désert ou se perdait sous le ravage des eaux. « *Verumque confitentibus*, s'écrie Pline l'Ancien, avec une admirable sagacité, *latifundia perdidere Italiam, imo et Provincias* (1). Enfin, pour juger de la grandeur du mal, il suffit de lire les constitutions des empereurs au titre du Code : *de omni agro deserto* ; elles tracent un tableau bien triste de l'état économique et social du Bas-Empire.

Le domaine impérial se ressentait trop de ces misères. Les empereurs cherchèrent à combattre le fléau, en multipliant les concessions de leur domaine et en imaginant de nouveaux modes d'exploitation. On voit apparaître quatre formes nouvelles du bail à long terme ou à perpétuité, savoir : le *jus privatum salvo canone*, le *jus perpetuum salvo canone*, le *jus emphyteuticum* et le colonat. Ces deux derniers jouent le plus grand rôle dans l'histoire de la propriété foncière.

Ces quatre modes d'exploitation du domaine impérial ont pris la place des anciennes concessions de l'*ager publicus* et de l'*ager vectigalis* qui disparurent peu à peu du langage administratif et juridique. Dans les Codes de Théodose et de Justinien, on ne retrouve plus l'expression *ager vectigalis*, mais celles de *fundi civitatum*, *prædia civitatum*, *fandi rei publicæ*. De même, on ne retrouve presque plus l'expression de *fundi publici*, et jamais celle d' « *ager publicus* » ; quant aux *fundi fiscales* et aux *fundi patrimoniales* nous les trouvons à leur place.

La théorie du *jus privatum salvo canone* et du *jus perpetuum salvo canone*, rentre directement dans le cadre de notre étude, par les rapports très étroits que présentent ces deux contrats avec la théorie de l'emphytéose. Nous aurons, aussi, dans la deuxième partie de notre travail, l'occasion de dire quelques mots du colonat.

1. *Op. laud.*, XVIII, 76.

SECTION VI

THÉORIE DU JUS PRIVATUM SALVO CANONE

Le *jus privatum salvo canone*, se rapporte au cas de l'aliénation en toute propriété, d'un fonds du domaine impérial, qui passe ainsi dans le domaine (*ad jus privatum*) d'un particulier; avec cette particularité que, dans l'intérêt de l'empereur, pour ne pas s'exposer à voir promptement dissipées les ressources provenant de ces aliénations, une portion du prix consistait toujours dans une redevance annuelle et perpétuelle (1). Cette particularité constitue le caractère essentiel du *jus privatum*, et elle résulte des deux constitutions de Théodose et Valentinien. La première (2), (an 439) défend l'aliénation des fonds patrimoniaux, soit pour un prix ferme : *empto canone*, soit moyennant une redevance : *salvo canone*. La seconde (3), défend absolument l'aliénation des : *fundi rei dominicæ demto canone*; et par là, permet expressément l'aliénation qui s'en ferait *salvo canone*.

Il ne faut pas demander de grands détails sur cette concession, dont les textes ne parlent que pour l'opposer au *jus perpetuum*, ou à l'occasion des questions d'impôt. Ce silence s'explique très facilement, si l'on réfléchit que, le droit concédé n'est autre que le droit de propriété : la qualification de propriétaire est formellement donnée au concessionnaire par les textes (4). Il a incontestablement le droit de transmettre à ses héritiers ou légataires et d'aliéner entre-vifs le fonds; mais il n'en restait pas moins pour cela, obligé au payement du canon qui était l'objet d'une obliga-

1. L. 9, 10 et 13, C., J. *de fund. patrim.*
2. L. 13, C. J. *de fund. patrim.*
3. L. 7, C. J. *de fund. rei priv.*
4. C. J. l. 12, *de fund. patrim.*

tion purement personnelle, et non pas une charge du fonds, comme l'impôt qui ne se demandait qu'au possesseur.

Le prix d'acquisition consistant toujours, au moins en partie, en une redevance, mais en outre, il comprenait un prix ferme : aussi, le concessionnaire avait le titre et les prérogatives de l'acheteur. L'empereur faisait parfois remise de cette somme à payer comptant, mais c'était à titre de libérallté (1).

Le défaut de payement du *canon*, constituait une condition résolutoire de la concession (2).

De ce que le concessionnaire était propriétaire, il résulte, qu'il pouvait affranchir les esclaves attachés au fonds (3).

Il n'y a aucune difficulté de lui attribuer le trésor trouvé par un tiers dans le fonds.

Ce qui est peu certain, c'est la solution du concessionnaire par rapport aux charges fiscales. Les textes ne sont pas très précis. Cependant, il semble bien, que le concessionnaire devait supporter l'impôt foncier et les autres charges de même nature, puisqu'il était propriétaire et le canon n'était qu'une portion du prix.

Cette induction semble confirmée par deux lois (4) insérées au Code de Justinien, dont le véritable sens résultant de leur combinaison, paraît être celui-ci : les *fundi patrimoniales empti jure privato salvo canone*, ne doivent pas être confondus avec les fonds concédés à des *perpetuarii conductores*, ni avec ceux qui ont été concédés à titre de donation, comme *jus privatum salvo canone*; c'est-à-dire, qu'ils ne jouiront pas au point de vue des charges fiscales, des immunités dont jouissent ces deux dernières catégories des biens domaniaux (5).

1. C. J. l. 12, *de fund. patr.*
2. C. J. l. 2, *de fund. rei priv.*
3. C. J. l. 12, *de fund. patr.*
4. C. J. l. 9 et 10, *de fund. patr.*
5. Pépin le Halleur, p. 37.

Mais, si le concessionnaire du *jus privatum salvo canone* est soumis à l'impôt foncier, sa condition cependant est meilleure que celle d'un propriétaire ordinaire. En effet, par suite d'une sorte de contrat à forfait entre le fisc et le concessionnaire, l'assiette de l'impôt ne peut plus changer et l'impôt n'augmente pas, quand même la valeur du fonds ou le nombre des troupeaux viendrait à s'accroître : *capitationis aut canonis augmenta non patiatur* (1).

La naissance de cette concession s'explique d'un côté, par le besoin d'argent dans lequel se trouvait le fisc : le *jus privatum salvo canone*, était un excellent moyen imaginé pour *monnayer* le domaine impérial ; elle s'explique d'un autre côté, par la nécessité de trouver facilement des cultivateurs et de les encourager par quelques faveurs à l'amélioration du sol.

Le concessionnaire était, nous l'avons vu, un véritable propriétaire, son droit ne ressemblait donc aux locations perpétuelles que par la nature du prix d'acquisition.

SECTION VII

THÉORIE DU JUS PERPETUUM SALVO CANONE

Le *jus perpetuum*, n'est autre chose, que le droit résultant de la location perpétuelle appliqué aux terres du domaine impérial. La preuve se trouve dans plusieurs constitutions.

Une constitution de l'empereur Gordien oppose la location perpétuelle à la location temporaire (2).

Une constitution des empereurs Gratien, Valentinien et Théo-

1. C. J. L. 2. *De fund. rei priv.*
2. C. J., l. 10, *de loc. et cond.*

dose, tout en distinguant dans les termes, le *titulus conductionis* et le *jus perpetuum*, comprend les deux cas dans la même disposition, les assimile quant aux résultats (1).

Une constitution de Théodose et Valentinien, dit formellement : « *Sane si quis non perpetuo jure, sed ad tempus locatam* (2). »

Enfin, une constitution de Honorius et Théodose tranche définitivement la question, elle dit ; « *Loca omnia fundive rei publicæ.... perpetuariis conductoribus locentur* (3). »

De ce que le *jus perpetuum salvo canone*, n'est qu'une location, il résulte, qu'à la différence du *jus privatum salvo canone*, le fonds qui en est l'objet, reste quant à la propriété, dans le domaine impérial et ne passe que pour la jouissance au *perpetuarius conductor*.

Envisagée au point de vue du droit civil, la condition du *jus perpetuum*, on peut présumer, sans témérité, qu'elle était en tous points semblables avec celle du *jus in agro vectigali*. En effet, les deux concessions sont de locations perpétuelles appliquées à des biens du domaine public, conférant de droits très-étendus et analogues à ceux de la propriété. Il y a des textes (4), qui nous montrent, même des biens municipaux affermés à des *perpetuarii conductores*.

On peut, il nous semble, par des emprunts faits à la théorie du *jus in agro vectigali*, combler les lacunes que l'on rencontre à propos de la théorie du *jus perpetuum*.

Le *perpetuarius* jouissait du fond comme bon lui semblait ; pourvu, qu'il ne s'y livrât pas à des dégradations par trop considérables et qu'il le tînt en bon état de culture.

Le droit du *perpetuarius* était transmissible par actes entre-

1. C. J., l. 3, *de fund. rei priv.*
2. C. J., l. 5, *de loc. præd. civ.*
3. C. J., l. 3, *hoc. tit.*
4. C. J., l. 3, *hoc. tit.* ; C. Th., l. 5, *de locat. fund. priv. emphyt.*

vifs ou à cause de mort, à titre onéreux ou gratuit ; seulement, à l'exemple du concessionnaire d'un *jus in agro vectigali* ou d'un *jus privatum salvo canone*, il restait responsable envers le fisc, du paiement de la redevance annuelle, tant qu'il n'avait pas obtenu de celui-ci, novation par changement débiteur.

Une difficulté se présente relativement au droit d'aliéner. Cujas, et d'après lui, d'autres auteurs, — par *à contrario* d'une constitution de Constantin (1), qui décide, que dans le cas où le *perpetuarius conductor* (2) n'aura pas fait autoriser par le juge la donation qu'il fait de son droit, il restera responsable vis-à-vis du fisc, de la solvabilité du donataire, — ont conclu que, le *perpetuarius* n'aurait pas eu le droit d'aliénation à un autre titre que celui de donation, même à charge de rester caution du cessionnaire.

D'autres auteurs, toujours par *a contrario* de cette constitution, ont conclu que, l'aliénation faite à un autre titre que celui de donation, déchargerait le *perpetuarius* originaire de toute obligation vis-à-vis du fisc.

Ces deux systèmes, introduisent une distinction là ou nul texte ne l'a point fait et qu'aucune raison ne pourra justifier. De plus, ils tombent en face d'une constitution (3), qui établit comme principe général la responsabilité personnelle du *perpetuarius* originaire, sans faire aucune distinction entre les différents titres de concession.

A entendre Cujas, cette constitution viserait l'hypothèse d'une vente autorisée ; mais outre que c'est là une supposition purement gratuite, son système vient se briser contre cette objection : que la condition du donateur qui ne s'est pas fait autoriser par le juge, serait égale à celle du vendeur qui aurait eu la diligence

1. C. J., l. 1, *de fund. patrim.*

2. La constitution dit : *emphyteuticarius*, mais à l'époque de Constantin, la condition de ces deux sortes de concessionnaires était assimilée.

4. C. J., l. 3, *de fund. rei priv.*

d'obtenir l'autorisation. Ce résultat, auquel nous conduit l'opinion de Cujas, est absolument bizarre ; il ne faut donc pas hésiter à le repousser.

De ce qui précède, résulte encore un point qui est constant : la nécessité de l'autorisation du juge, qui représente le fisc en cas d'aliénation.

On peut se demander, si le juge était obligé d'accorder cette autorisation.

Nous constatons avec M. Vuy (1), que les textes sont absolument muets sur la question. M. Pépin le Halleur (2), fait à ce propos une remarque très ingénieuse, que, si l'autorisation n'était pas abandonnée à la discrétion du propriétaire, (c'est-à-dire, du juge) nous ne saurions comment expliquer historiquement l'origine d'une disposition de Justinien, (qui se rencontrera plus tard dans l'emphytéose), qui consiste dans le droit accordé au propriétaire de prélever un cinquantième du prix ou de l'estimation du fonds, à chaque mutation à titre particulier (*laudemium*).

La concession faite au *perpetuarius conductor* était irrévocable, de même que celle du preneur vectigalien.

Cependant, un assez grand nombre des constitutions (3), défendaient énergiquement que l'on vint troubler le *perpetuarius* dans la jouissance de son droit, au cas même, où un tiers offrirait pour le même fonds un canon bien supérieur. On a conclu de là, que le principe d'irrévocabilité de la concession semble avoir eu beaucoup de peine à s'établir solidement. Mais, ce n'est là qu'une erreur : ces constitutions n'avaient d'autre but, que celui de protéger le *perpetuarius* contre les agents du fisc, qui ne se faisaient pas de scrupule pour l'expulser arbitrairement.

1. *Op. laud.* p. 121, *in fine.*
2. *Op. laud.* p. 42.
3. C. Th., l. 1, 5, 16 (V, 13) ; l. 1, *de pascuis* ; l. 3, *de loc. fund. jur. emphyt.* ; C. J., l. 3, 5, *de fund. patrim.*

A la différence du concessionnaire du *jus privatum*, le *perpetuarius* n'avait pas le droit d'affranchir les esclaves attachés au fonds (1). Cela se comprend aisément, si on se rappelle, que le domaine impérial s'était conservé la propriété et il n'avait aliéné que la simple jouissance.

Le *perpetuarius* était assujetti au paiement d'une redevance (*canon*), qui consistait en argent ou en nature.

Il faut remarquer, que les conditions du contrat originaire pouvaient parfaitement être modifiées, et la redevance, notamment, était susceptible d'une augmentation ou d'une diminution, par suite des mêmes causes, qui obligeaient à remanier les évaluations du cadastre et le taux de l'impôt foncier.

Il nous reste à chercher la condition du *perpetuarius* relativement aux charges fiscales; c'est la partie la plus difficile de cette matière. La difficulté provient de ce que, d'une part, la position du *perpetuarius* était sur bien des points absolument identique à celle du preneur de l'*ager vectigalis*, qui était soumis au paiement de l'impôt; il y a donc une présomption qui nous porte à croire que le *perpetuarius* y était également tenu; d'une autre part, il importe beaucoup de remarquer que les *perpetuarii* étaient des fermiers des fonds du domaine impérial et que ces fonds étaient généralement exemptés du payement de l'impôt.

Pour résoudre la question, il faut faire une distinction entre les différentes catégories de biens qui pouvaient faire l'objet du *jus perpetuum salvo canone*; c'est en effet, la marche que paraissent suivre les textes du droit romain, dans une question si obscure et si souvent modifiée, selon le bon plaisir des empereurs et selon les besoins pressants de l'empire.

Aucune difficulté ne peut s'élever en ce qui concerne les fonds du domaine municipal; ils étaient soumis à l'impôt, et jamais, à

1. C. J., l. 7, *de manc. et col.*

aucune époque, n'ont été affranchis de cette charge qui constituait une source des revenus trop considérables, pour que le trésor impérial eût fait remise sans aucune raison plausible.

Quant aux biens des églises, on aurait eu peut-être raison de les dispenser d'impôt, attendu que les biens des collèges, de pontifs et de vestales, étaient considérés à Héraclée et à Rome comme appartenant à l'État et pouvaient être revendiqués par lui comme son propre bien (1).

Mais il ne fut pas ainsi. — Ce n'est que lorsque la religion chrétienne devint la religion de l'État, sous Constantin, que les biens ecclésiastiques furent pendant quelque temps dispensés de payer l'impôt, mais ce privilège fut éphémère ; car, il est certain que son fils Constance le retira (2).

Restent maintenant les biens du domaine impérial : les *fundi patrimoniales* et les *fundi rei privatæ*, dont leur distinction paraît présenter ici quelque intérêt marquant. En ce qui concerne les *fundi rei privatæ*, il est certain, qu'ils étaient exempts de l'impôt foncier que les textes appellent *tributum* (3). Il faut donc conclure, que les *perpetuarii conductores* de ces fonds n'étaient pas soumis.

Quant aux *fundi patrimoniales* ou biens particuliers de l'empereur, les textes gardent le silence et malgré leur grande analogie avec les *fundi rei privatæ*, nous avons vu qu'ils s'en distinguaient pourtant bien certainement ; on ne peut donc pas de

1. C'est ce que fit Publius Corn. Sylla dans sa guerre avec Mithridate (Appien, *Bell*, Mithr., 22). C'est encore cet exemple que suivit Jules César (Dion. Cass., 43, 47), et même l'empereur Constantin, qui s'attribua l'opulente dotation du temple de Comana, dont les terres étaient habitées par 6,000 colons ou esclaves de la divinité ou de ses ministres. (Gibbon, t. 3, p. 373.)

2. C. Th. l. 40.XVI, 2 ; comp. l. 15 *ibid.*

3. C. Th., l. 1, *de ann. et trib.*

l'immunité des unes, conclure à l'immunité des autres ; on reste donc dans le domaine de simples conjectures.

L'annone ou contribution en nature, perçue pour les approvisionnements des villes et des troupes, il est certain, qu'elle pesait sur les *perpetuarii* concessionnaires de *fundi patrimoniales*, du moins depuis Constance (1).

Les textes garde le silence quant *aux fundi rei privatæ*, mais si l'on considère la cause et la destination de cet impôt, il nous sera permis de penser, qu'ils n'en étaient pas exemptés (2).

En ce qui concerne les charges extraordinaires qui consistaient principalement en surtaxes, (*superindictiones*) en charrois (*angariæ*), en corvées ou travaux manuels pour la réparation et l'entretien des chemins, des ponts, etc., et en ce qui concerne également les charges sordides, (*sordida munera*) telles que l'obligation de cuire la chaux, la fourniture et le transport du charbon ou du bois, la mouture du blé et la confection du pain, nous possédons à leur égard des textes formels et précis. Mais la législation des *extraordinaria sive sordida munera* a subi des variations fréquentes.

Plusieurs constitutions de Constantin (3) accordent aux *fundi patrimoniales* d'Afrique et d'Italie, l'exemption de certaines charges ; tandis que d'autres (4), les soumettent à participer à certaines charges déterminées, telles que la réparation des routes, etc.

On pourrait croire donc, que les *fundi patrimoniales* en matière de *munera extraordinaria*, n'étaient pas en règle générale exemptés.

1. C. Th. l. 4, *de ann. et tribut.*
2. Pépin le Halleur, *op. laud.* p. 47.
3. C. Th. l. 1 et 2 *de extr. mun.*
4. C, I. l. 1 *de coll. fund. patr.*

Quant aux *fundi rei privatæ*, une constitution (1) de Constance les exempte de toutes ces charges, et cette constitution se trouve confirmée par Julien, qui paraît bien maintenir leur immunité (2) pendant que d'autre part, il soumet à la prestation de ces *munera extraordinaria*, tous les *fundi patrimoniales* sans aucune exception (3). Valentinien Ier, et après lui, Arcadius et Honorius rétablirent les choses à l'état où elles se trouvaient sous l'empereur Constance. Toutefois, l'immunité ne s'étendait pas aux charges relatives à l'entretien et à la réparation des routes (4). Enfin, après tant d'incessantes vicissitudes, une constitution (5) de Honorius et de Théodose, soumit tous les possesseurs de terres du domaine impérial, à quelque titre que ce fût, à acquitter les *munera extraordinaria*. Cette constitution fut renouvelée par une autre (6) de Théodose et de Valentinien, mais avec une certaine restriction (7).

SECTION VIII

DISTINCTION ENTRE LE *jus perpetuum* ET L'EMPHYTÉOSE.

L'analogie intime que présente le *jus perpetuum* avec le *jus emphytenticum*, a fait croire à de nombreux auteurs qu'il y a identité absolue entre eux. Un texte remarquable paraît venir en aide à cette opinion; c'est une constitution des empereurs Arca-

1. C. Th. l. 5 *de extr. mun.*
2. C. Th. l. 2 de *act. proc.*, etc.
3. C. Th. l. 2 *de coll. fund.*
4. C. Th. l. 3 4, *de itin. mun.*
5. C. Th. l. 5 *de indiction.*
6. C. Th. l. 35 *de annon.*
7. Comp. sur cette matière. Pépin le Halleur, *op. laud.* p. 48, 49, 50. Serrigny, *op. laud.* p. 53.

dius et Honorius (an 397), qui s'exprime ainsi : « *Ad palatinorum curam et rationalium officia omnium rerum nostrorum et totius perpetuarii*, HOC EST, EMPHYTEUTICARII *juris exactio revertatur* (1).

Nous n'irons pas rechercher, comme M. Vuy (2), le caractère distinctif de l'emphytéose dans un texte qui semble réserver l'application du *jus emphyteuticum* aux *fundi patrimoniales* et l'application du *jus perpetuum* aux *fundi rei privatæ*. Nous trouvons, en effet, d'autres textes (3) qui opposent les *fundi emphyteuticarii* aux *fundi patrimoniales* et aux *fundi rei privatæ* ; ce qui ne signifie pas que l'emphytéose ne fut pas appliquée aux deux catégories des fonds du domaine impérial. On peut s'expliquer cette confusion, très naturellement, par le manque de précision qui caractérise la phraséologie juridique au Bas-Empire. En outre, la distinction proposée par M. Vuy est toute de fait et n'explique rien.

Nous croyons arriver plus sûrement à déterminer les caractères distinctifs de l'emphytéose, en rapprochant l'étymologie de ce mot, de la situation économique et sociale de l'empire romain, au moment de l'apparition de cette institution.

La dépopulation et la désertion de la culture du sol, ces deux plaies incurables du Bas-Empire, avaient, depuis la fin de la République, avons-nous dit, pris d'affreuses proportions. De vaines tentatives avaient été faites par Auguste pour combler les vides résultant des guerres civiles, au moyen de ses fameuses lois d'encouragement au mariage. La forte et libre race de la plèbe romaine, avait été remplacée à la charrue par des pâtres esclaves. Quand les conquêtes des Romains s'arrêtèrent, le nombre des esclaves

1. C. J. l. 1, *de off. com. sacr. pal.*
2. *Op. laud*, p. 103 et 110.
3. C. Th. l. 17 *de extr. mun.* ; l. 3 et 9, *ad senatusc. Claud.* ; l. 4. *de ann. et trib.* ; l. 4 *de coll. fund. patr.*

baissa singulièrement : d'une part, l'abondante source qui les fournissait était tarie et d'autre part, cette race malheureuse et abrutie était écrasée par la misère et en proie à toutes les violences. C'est alors qu'on vit les provinces périssant dans le marasme et les campagnes se couvrant de jachères.

Accablés d'impôts de toute sorte, victimes d'affreuses misères et bien souvent encore, exposés aux attaques de jour en jour plus audacieuses des Barbares, les quelques cultivateurs qui restaient encore épars sur les immenses *latifundia*, ne songaient plus qu'à une chose : abandonner leurs champs pour s'enfuir dans les bois, les montagnes et les solitudes, ou pour se réfugier à la cour, à l'armée, dans les couvents et les églises.

Le fisc impérial ne pouvait naturellement que se ressentir d'une situation aussi alarmante, surtout à une époque où plus qu'à toute autre dans l'histoire romaine, les besoins du gouvernement étaient des plus pressants.

Comment soutenir le luxe insolent de la cour ? Comment subvenir aux dépenses de l'entretien et de l'amusement de cette *plebs* turbulente et avilie? Comment se procurer des sommes suffisantes pour repousser un ennemi infatigable et toujours renaissant ? Créer continuellement de nouveaux impôts eût été plus qu'insensé. L'unique ressource qui restât était de multiplier les concessions du domaine impérial : c'est alors que prirent naissance de nouvelles formes d'exploitation. Le *jus privatum salvo canone* répondait aux nécessités les plus pressantes ; c'était un moyen excellent de monnayer le domaine impérial. Le *jus perpetuum salvo canone* appliqué aux terres déjà cultivées (*fertiles agri*), présentait des avantages analogues à ceux du *jus in agro vectigali*. Il fallait de toute nécessité introduire un mode d'exploitation tout spécial pour les terres en friche, incultes et stériles (*steriles agri* (1). Cultiver et

1. C. J. l. 16, *de omn. agr. desert.*

améliorer la terre en vue de l'avenir, plutôt qu'en tirer actuellement un bénéfice, voilà le but auquel répondait l'emphytéose ; et c'est pour cela que l'emphytéose jouissait d'un privilège refusé au *perpetuarius*, celui d'être exempt du payement du canon pendant les deux premières années de sa jouissance.

L'étymologie du terme s'accorde parfaitement avec une pareille application : emphytéose vient du grec, ἐμφυτεύω; qui signifie, planter, défricher, cultiver.

Il nous semble que cette opinion est complètement justifiée par une constitution (1) des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose. Cette loi impose à tous les possesseurs de *fundi patrimoniales* l'obligation d'ajouter aux terrains qui leur ont été concédés, une quantité proportionnelle des terres abandonnées du même district (2) ; et voici comme elle s'exprime sur ce point : «*Cæterum eos qui opimas ac fertiles possident terras, aut etiam nunc sibi existimant eligendas, pro defecta scilicet portione, summam debiti præsentis jubemus implere, illos etiam qui* EMPHYTEUTICARIO NOMINE AD PLENUM IDONEAS, *nec omnibus modis vacuas destinent, sic ex illis quoque quæ præsidio indigent, justam ac debitam quantitatem debere suscipere, ut indulto temporis spatio, post biennium decretum canonem solvendum esse meminerint.* »

De cette différence capitale entre le *jus perpetuum* et le *jus emphyteuticum*, dérivent toutes les autres :

a. — Que dans le premier cas, l'intérêt du fermier l'engagait seul à cultiver tandis que dans le second cas, la principale obligation de l'emphytéote était la culture et l'amélioration des terres en friche.

b. — Que dans le premier cas, le canon était dû dès l'entrée

1 C. J. I. 7, *hoc. tit.*

2. Ce droit d'adjonction forcée des *deserti et steriles agri* porte différents noms : *permixtio*, *adjectio*, ἐπιβολή, ἐπιφορά.

en jouissance, tandis que dans le second, le preneur jouissait, pendant les deux premières années, de l'exemption du payement de toute redevance ;

c. — Qu'enfin, le *jus perpetuum* n'ayant pas pour objet direct l'amélioration du fonds, le canon était en rapport avec le revenu du sol; tandis qu'au contraire, le *jus emphyteuticum*, portant sur des biens à améliorer, les redevances étaient fixées à bas prix, dans l'intention d'encourager l'emphytéote à faire des améliorations.

Plus tard, quand l'application de l'emphytéose fut étendue même aux fonds cultivés, le *jus perpetuum* n'avait plus sa raison d'être, il se confondit désormais avec l'emphytéose, qui subsista seule; aussi, nous ne le trouvons plus mentionné dans les textes postérieurs à Constantin. C'est cette confusion entre le *jus perpetuum* et le *jus emphyteuticum*, que la constitution d'Arcadius et Honorius (1), invoquée par nos adversaires, s'est proposé de constater par l'expression : *hoc est, emphyteuticarii.* Nous n'avons donc aucun besoin d'alléguer une erreur de la part de ses rédacteurs, ni de supposer une interpolation; procédé, d'ailleurs, familier aux commissaires de Justinien (2).

SECTION IX

ORIGINE ET DÉVELOPPEMENT DE L'EMPHYTÉOSE.

Après tous ces développements historiques, sur l'*ager publicus* et ses divers modes d'exploitation, sur l'*ager vectigalis*, le *provinciale solum*, le *jus privatum* et le *jus perpetuum salvo*

1. C. J. l. 1, *de offic. sacr. pal.*
2. Comp. M. Garsonnet, *op. laud.* p. 151.

canone, il est temps de nous demander, quelle est de toutes ces institutions celle qui doit être considérée comme ayant été l'origine de l'emphytéose.

Cette question, comme toutes les questions d'origine des institutions, est de plus obscures. C'est là un problème, auquel on ne saurait se flatter de donner une solution certaine.

Nous passerons rapidement en revue les différentes opinions qui se sont produites et qui rattachent l'origine de l'emphytéose à l'une ou à l'autre des concesions que nous venons d'étudier; car il n'en est pas une seule, de laquelle, on n'ait voulu la faire dériver.

Il n'y a pas moins de six systèmes :

Premier système. — Quelques auteurs, d'ailleurs peu nombreux, ont vu l'origine de l'emphytéose dans les assignations et les colonies. Les principaux arguments qu'ils invoquent sont : le nom de *colonie* et la qualification d'*ager culturâ assignatus* qu'on lit dans les *Libri coloniarum* à propos des terres de *Fundi* ; d'où, on a conclu que les territoires assignés ou ceux des colonies étaient donnés à charge de les cultiver et de payer une redevance à titre récognitif du domaine retenu par l'État. On invoque encore, la loi Thoria, qui a aboli certaines redevances dues par les concessionnaires du domaine public, et enfin un passage de Siculus Flaccus (1), qui nous apprend que les terres assignées ne faisaient retour à l'État, qu'autant que le possesseur ne laissait pas d'héritier.

De tout ceci, il résulte, dit-on, que le droit concédé sur les terrains assignés aurait eu la plus grande analogie avec le *jus emphyteuticum*, et que, par conséquent, il serait impossible de ne pas voir là son origine.

Ces arguments ne sont nullement décisifs. Rien ne prouve que

1. *De condit agror.*, p. 162, (édit. Lachmann).

l'obligation de cultiver fût imposée aux colons. Le mot *culturâ* est employé dans les *Libri coloniarum* et par Siculus Flaccus (1), dans le sens de *ager cultus*, et il n'est pas même prouvé que *Fundi* fût une colonie, car les *Libri coloniarum* l'appellent seulement *oppidum* (2), et Tite-Live, *civitas sine suffragio* (3).

Walter et Rudorff ont démontré que l'assignation transférait le *dominium ex jure quiritium*. Mais nous avons fait remarquer, que dans des cas exceptionnels, elle ne conférait qu'un droit réel de jouissance, avec charge de redevance. Une pareille concession n'était alors autre chose, au fond, que celle de l'*ager vectigalis*. Donc, dans l'opinion absolue de Walter et Rudorff, l'assignation étant toujours translative de *dominium*, la question de l'origine de l'emphytéose ne peut même pas se poser. Dans l'opinion intermédiaire que nous avons admise, il y aura lieu de rechercher, si c'est dans l'*ager vectigalis* que se trouve la véritable source de l'emphytéose.

Deuxième système. — D'autres auteurs (4), sont allés chercher le berceau de l'emphytéose dans les possessions de fonds provinciaux. Un pareil système est inadmissible. En effet, comme le dit Troplong, soit qu'on se place à l'époque où le peuple romain se proclamant seul propriétaire (*optimo jure*) du sol provincial, poussait la rigueur de ce droit jusqu'à dépouiller les anciens propriétaires, en ne leur concédant qu'un droit précaire et révocable de jouissance, soit que nous nous placions à l'époque où nous trouvons les provinciaux jouissant d'une propriété de fait, *sui generis*, sous la seule condition de payer le *vectigal*, nous sommes dans les deux cas fort éloignés de l'emphytéose. Dans le premier

1. *Op. laud.* p. 156.
2. *Op. laud.* p. 234.
3. VIII, 14.
4. Du Roi, *über actio in rem.* (Archiv. fur civil. Praxis), t. VI, p. 388. Büchel, *über jura in re, und deren Verpfandung*, 25; Comp. Vuy. *op. laud.* p. 49.

cas, la possession est trop précaire et révocable pour pouvoir être assimilée à celle de l'emphytéose; dans le second cas, elle ressemble trop à la pleine propriété, pour qu'il soit possible de la faire descendre jusqu'au niveau de l'emphytéose, qui n'a jamais été révocable et dont la nature se rapprochait plus intimement de celle du louage (1).

Troisième système. — D'autres auteurs (2) ont vu dans les *possessiones* de l'*ager publicus* l'origine première de l'emphytéose. Ils invoquent la grande ressemblance de ces deux concessions, surtout au point de vue des effets pratiques. Les uns (3), les plus scrupuleux, pour atténuer la différence considérable qui les séparait, à cause de la précarité des *possessiones*, font remarquer qu'en fait au moins, l'État n'usait que très rarement de son droit de révocation.

D'autres auteurs (4), partisans à outrance de ce système, vont jusqu'à contester à l'emphytéose son caractère de permanence et invoquent plusieurs constitutions (5) des empereurs, qui à diverses reprises interdisent aux agents du fisc de révoquer les emphytéoses ; ce qui prouve, dit-on, que les premières emphytéoses du domaine impérial étaient précaires et révocables, comme les *possessiones* de l'*ager publicus*.

Pour corroborer cette opinion, on invoque encore, deux textes du Digeste ; les fragments 11 du Dig. *de evictionibus* ; et 11 § 1, Dig. *de Public. et vectig.*

Nous répondons d'abord, que les constitutions impériales prouvent non pas l'inexistence du principe d'irrévocabilité des

1. Troplong, *op. laud.*, p. 143 et 144.
2. Savigny, *op. laud,*, p. 183. Molitor, *op. laud.*, p. 46.
3. Maynz, *op. laud.*, t. I, p. 858.
4. Vuy, *op. laud.*, p. 118, 119, 130 et 131.
5. C. Th., l. 1 et 2, *de pascuis*; l. 3 et 5, *de locat. fundor*; l. ult., *de collat. fundor.*

emphytéoses, mais ses fréquentes violations. En effet, « par « d'intolérables abus de pouvoir, dit Troplong, le despotisme « augmentait souvent les canons et expulsait les emphytéotes « qui refusaient de les payer. Les intrigues des délateurs, cette « peste de la cour impériale, s'agitaient pour troubler la sécurité « des provinciaux et des possesseurs, et lorsque l'avarice du « prince trouvait un solliciteur ou un prétendant qui offrait une « redevance plus forte que celle du possesseur, on lui adjugeait « la concession au mépris des droits acquis. Mais ces iniquités « étaient l'effet de la violence; elles attestent les écarts d'une « tyranie odieuse, et non pas l'exercice d'un droit; car elles « s'exerçaient sur ce qu'il y avait de plus légitime, de plus irré- « vocable, de plus sacré (1). » Rien ne prouve, d'ailleurs, dans les textes de ces constitutions, qu'on ait eu la pensée d'introduire une innovation sur l'état de choses existant.

Quant aux textes du Digeste, le premier (2) se réfère aux derniers débris de l'*ager publicus* restés dans la Germanie transrhénane, que des rescrits du prince venaient enlever aux *possessores*, tantôt pour en doter les vétérans, tantôt pour en tirer profit par des aliénations définitives (3). C'est donc là un vestige d'un autre âge, qui ne concordait pas avec les concessions en usage au temps du jurisconsulte Paul.

Le second texte (4) du même jurisconsulte, peut être interprété dans deux sens différents. Il peut se référer aux *possessiones* de l'*ager publicus* qui étaient précaires, ou bien à la concession du *jus in agro vectigali*, et dans ce cas il signifie, non pas que ces concessions sont révocables au gré du prince, mais bien que

1. Troplong, *op. laud.*, t. I, p. 154.
2. L. 11. D., *de evict.*
3. Niebuhr, *op. laud.*, t. III, p. 197.
4. L. 11, § 1, D., *de Publ. et vect. : « Agri publici, qui in perpetuum locantur, a curatore sine auctoritate principali revocari non possunt. »*

l'autorisation du prince est indispensable dans le cas où la révocation est permise par la loi.

Ce n'est donc pas à ces concessions précaires de l'*ager publicus*, à ces orageuses révocations, qu'on peut comparer les paisibles concessions emphytéotiques, dont l'un des caractères propres et essentiels, est de ne pas être recevables tant que le concessionnaire paye exactement sa redevance.

Quatrième système. — D'autres auteurs (1) sont d'avis que le *jus in agro vectigali* et l'emphytéose sont synonymes ; que l'emphytéose est sortie de l'*ager vectigalis*, et n'a été qu'une application de ce contrat aux *fundi patrimoniales* de l'empereur.

Ils invoquent plusieurs textes, d'une importance capitale pour notre matière.

D'abord, la rubrique du titre du Digeste : « *Si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur* », où ces mots : *id est, emphyteuticarius* ne sont pas, dit-on, une vaine redondance ; ils indiquent qu'il s'agit d'un *ager vectigalis*, qui dans l'espèce est un *ager emphyteuticarius*.

On cite un texte (2) du jurisconsulte Æmile Macer, qui énumérant les détenteurs auxquels on peut reconnaître la possession civile, arrive à celui « *qui vectigalem agrum possidet* » et il ajoute : « *id est, emphyteuticum.* »

On invoque encore un texte (3) du jurisconsulte Ulpien, qui, le premier de tous les jurisconsultes classiques a parlé de l'emphytéose. Dans ce texte, Ulpien, parlant des biens que le tuteur d'un pupille ne peut pas aliéner, présente comme exemple le *jus emphyteuticum*, ce qui porterait à croire que le jurisconsulte se réfère à la possession de l'*ager vectigalis*.

1. Troplong, *op. laud*, I, p. 144 et suiv. Pépin le Halleur, p. 24 et 27 ; Molitor. *Traité de la possession*, etc., p. 45. *Traité des obligations*, p. 712.
2. L. 15, § 1, D., *Qui satisd. cogant.*
3. S. 3, § 4, D., *de reb. eor. qui sub. tut.*

Enfin, un dernier argument, considéré comme décisif, est tiré de la comparaison de la définition que donne le jurisconsulte Paul de l'*ager vectigalis* (1), avec le § 3 *de locat. cond.* des Institutes de Justinien qui parle de l'emphytéose ; on voit là, dit-on, une liaison intime et évidente (2).

Cette opinion est généralement adoptée ; elle compte de nombreux et considérables partisans. Elle est aussi l'opinion des anciens commentateurs, qui sur la foi de la rubrique ci-dessus, traitent ensemble, emphytéose et *jus in agro vectigalis*. Cujas (3) ne voit d'autre différence entre les fonds vectigaliens et les fonds patrimoniaux et emphytéotiques, que celle-ci : les premiers appartiennent aux cités, les seconds au fisc ; et il remarque que les Grecs donnent à l'*ager vectigalis*, le nom d'emphytéose. Voët (4), lui aussi, ne voit que cette différence : la redevance s'appelle *vectigal* pour les municipes et *canon* pour les particuliers. Doneau (5) ne voit aucune différence entre ces deux concessions.

A ce système nous faisons les objections suivantes :

D'abord, les deux premiers textes invoqués : la rubrique du titre 3, livre VI, au Digeste : *Si ager vectigalis*, etc., et le fragment du jurisconsulte Macer, sont des sources trop suspectes pour qu'on y puise, sans une certaine circonspection. L'intercalation de ces trois mots : *id est, emphyteuticarius*, a toujours paru singulière, car dans aucun texte du Digeste, on ne retrouve plus le terme d'emphytéose accolé à celui d'*ager vectigalis*. Or, si l'on se rappelle que c'est Justinien, qui, avec Zénon, a organisé l'emphytéose sous sa forme définitive ; si l'on se souvient aussi du peu de respect de ses commissaires pour les textes de leur compilation, de

1. L. 1, D, *si ager vectig.*
2. Troplong. p. 146.
3. *Comm.* Code, lib. IV, tit. 66.
4. *Ad Pand.*, tit. *Si ager vectig.*
5. Lib. IX, cap. XIII, 4°.

leur tendance à les accommoder tant bien que mal à la législation contemporaine, on demeure convaincu, que ces mots sont une pure interpolation de Tribonien, comme le soutient le président Favre et autres auteurs (1). Le *jus in agro vectigali* n'était plus en usage (2); le contrat d'emphytéose venait de lui succéder : on prit dans la législation ancienne les textes qui pourraient s'accorder à la nouvelle, et pour plus de facilité pratique, on confondit ensemble les deux noms, de sorte que, dans le droit nouveau, le mot *ager vectigalis* est devenu le terme technique pour désigner l'emphytéose. C'est ainsi que la rubrique du titre : *Si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius* » se trouve pleinement justifiée.

Dans le fragment d'Ulpien, en admettant qu'il a été exempt de toute interpolation, nous remarquons que, le *jus emphyteuticum* n'est plus présenté comme synonyme du *jus in agro vectigali;* le jurisconsulte le mentionne seul et cette mention est faite non pas en latin, mais en grec : « *si jus* ἐμφυτευτικόν *vel* ἐμβατευτικόν *habeat pupillus...* »

Cette circonstance nous avertit suffisamment, qu'il s'agit là d'un droit étranger qui n'a pas de nom à Rome, mais qui avait commencé à pénétrer dans la pratique.

D'où venait ce droit? quelle nationalité avait-il? — voilà ce que nous aurons à démontrer bientôt.

Quant à la définition donnée à l'emphytéose par le § 3 *de locat. cond.* des Institutes de Justinien, c'est plutôt au commentaire de Gaïus, *lib.* III, § 145, qu'au fragment du jurisconsulte Paul, qu'elle a été empruntée. D'ailleurs, peu importe son origine; il suffit d'observer, qu'elle n'implique nullement que l'emphytéose

1. *Rationalia ad Pandectas* (Genève, 1626), t. II, p. 548. Pépin le Halleur, p. 19, 20. Maynz, *op. laud.* t. 1, p. 860 note.

2. Un rescrit de l'empereur Philippe qui forme la loi 1 de *aduc. rer. public.* au Code de Justinien, le mentionne pour la dernière fois,

dérive du *jus in agro vectigalis*; mais seulement que l'emphytéose a succédé à l'*ager vectigalis*.

Comment, en effet, peut-on expliquer dans ce système que la même controverse se soit reproduite successivement sur la nature du droit vectigalien et du droit d'emphytéose? Peut-on admettre que cette controverse se soit perpétuée jusqu'à Zénon? Cela est trop peu vraisemblable, car le passage de Gaïus nous présente la question comme tranchée dès son temps même : « *magis placuit*, dit-il, *locationem conductionem esse* (1) ». S'il y avait eu véritablement une similitude complète entre les deux institutions et que la doctrine de Gaïus se fût appliquée à l'une et à l'autre, la solution d'ailleurs différente de Zénon n'aurait pas eu sa raison d'être.

Enfin, nous avons une constitution de Dioclétien et de Maximien qui oppose formellement le fonds emphytéotique au fonds vectigalien; elle dit : « *Etiam vectigale vel patrimoniale sive emphyteuticum prædium sine decreto præsidis, distrahi non licet* (2) ». Ceci nous montre jusqu'à l'évidence, que l'emphytéose et le *jus in agro vectigali* sont deux institutions bien différentes.

Cinquième système. — Suivant d'autres auteurs (3), l'emphytéose est une institution qui a pris naissance lorsque l'invasion des barbares et la mauvaise organisation sociale, avaient fait déserter l'agriculture et augmenter le paupérisme dans une proportion effrayante. Mais elle ne fut pas à proprement parler une innovation, ce fut une institution qui se forma peu à peu, d'une manière indirecte, par l'assimilation à des institutions déjà établies. Justinien a considéré que sa nature était semblable à l'ancien *jus in agro vectigali*, et il finit par réunir ces deux institu-

1. *Comm.* III, § 145.
2. C. J. l. 13 *de præd. min.*
3. Comp. Ortolan, *op. laud.* t. III, p. 295; Maynz, *op. laud.* t. I. p. 859 et 860.

tions en une seule, de manière que, dans sa compilation, les termes *ager vectigalis* et *ager emphyteuticarius* sont entièrement synonymes.

Cette opinion serait la nôtre, si ses partisans avaient fait remonter plus loin la conception de l'emphytéose.

Sixième système. — Suivant nous, l'emphytéose est d'origine grecque, elle est entrée dans le droit romain par la Grèce et les provinces grecques de l'empire, où elle s'est développée en s'inspirant d'institutions analogues, qui l'avaient précédée et surtout de l'*ager vectigalis.*

Nous pensons, que non-seulement le nom de l'institution est grec, comme l'étymologie du mot ἐμφύτευσις l'indique ; mais que la chose elle-même le fut au moins à son origine.

Si l'on en veut une preuve, on n'a qu'à jeter les yeux sur les Tables d'Héraclée (1), découvertes en 1732, qui sont de la plus haute importance pour l'histoire des origines de l'emphytéose, car c'est le plus ancien document relatif à ce contrat.

Ces tables contiennent d'un côté la loi *Julia municipalis*, et de l'autre, deux contrats en dialecte dorique, antérieurs pour le moins de trois siècles à l'ère chrétienne.

Par l'un de ces contrats, la ville d'Héraclée, dans la grande Grèce, donnait en location perpétuelle des terres consacrées au temple de Bacchus, et par l'autre, des terres consacrées au temple de Minerve. La concession est transmissible aux héritiers, le concessionnaire a le droit d'aliéner entre-vifs ou par testament, mais non d'hypothéquer ; il s'engage à planter des vignes et des oliviers, et à élever certaines constructions ; le loyer est fixé à une somme qui est modique en égard à l'étendue des terres (2).

Il est stipulé que les terres affermées ne feront retour à la

1. Reproduites et étudiées dans le *Corpus inscriptionum græcarum* (Aug. Bœchh) nos 5774 et 5775.

2. M. Lattes, *op. laud.* p. 13 et *seq.* a fait les calculs.

cité, que si le concessionnaire meurt sans héritiers *ab intestat*, ou testamentaires, ou s'il néglige de payer régulièrement la redevance et de fournir les cautions promises.

Le contrat intervenu s'appelle location, μίσθωσις ; les concessionnaires sont désignés sous le nom de conducteurs ou usufruitiers, καρπιζόμενοι; et bien qu'on ne rencontre pas le mot d'emphytéose, on trouve cependant très souvent la racine φυτεύειν, planter.

A l'appui de notre opinion, nous invoquons un autre document, de la même importance que le premier. C'est une inscription trouvée à Munychie (1), datant des premières années du IIIe siècle avant notre ère. Elle renferme un contrat de location fait à perpétuité par les administrateurs (ou les fermiers) du dême des Cythériens à un particulier du dême d'Aphidna, portant sur un atelier situé au Pirée, une habitation adjacente, ainsi que sur une maisonnette. La concession est faite moyennant une redevance annuelle modique (2), à charge de payer l'impôt foncier d'après le cens, c'est-à-dire, d'après l'évaluation officielle, et de faire des travaux de réparations, sans que le locataire ait droit à une indemnité dans le cas où le bail viendrait à être résolu, faute d'accomplir ses obligations. Le locataire, en outre, fournit un répondant. Les administrateurs (ou les fermiers) du dême des Cythériens, sont garants de la location, et une clause pénale de mille drachmes est stipulée pour le cas d'éviction. Le locataire est obligé enfin, de faire graver le contrat sur une stèle de pierre et de la placer dans un endroit, dont le nom est illisible dans l'inscription.

Enfin, un dernier document, non moins précieux que les pré-

1. Elle a été étudiée par M. Wescher dans la *Revue archéologique*, 1866, nouv. série, t. XIV, p. 352 et *seq.*

2. M. Bœkh calcule qu'elle est de quatre pour cent de revenu : *Economie politique des Athéniens* (trad. Laligant, Paris, 1828) t. I, p. 138.

cédents, est un contrat de bail trouvé à Athènes, en 1874, par M. Neubauer, passé trois cents ans avant notre ère, par la phratrie des Déliens, et qui contient la clause emphytéotique par excellence : « Diodore arrosera les vignes deux fois l'an ; il ensemencera en céréales la surface non plantée ; il ne fera pas durer les jachères plus qu'il ne convient ; il mettra le tout en valeur le mieux qu'il pourra (1). »

Dans tous ces documents et dans plusieurs autres (2), nous trouvons, incontestablement, les caractères essentiels du bail emphytéotique. Ce contrat existait donc dans la Grande-Grèce, depuis de longs siècles au moment de la conquête romaine. Il a dû être pratiqué en Grèce, à une époque où l'agriculture était en décadence, par suite du développement des arts et de la prospérité de l'industrie.

Cette forme de concession usitée dans les colonies grecques de l'Italie, dut nécessairement avoir une influence sur la législation romaine, surtout après la conquête de la Grèce. Elle n'y pénétra, il est vrai, qu'assez tard ; car c'est seulement vers la fin de l'époque classique que l'emphytéose se trouve, pour la première fois, mentionnée par le jurisconsulte Ulpien.

Le jurisconsulte en parle comme d'un droit étranger, qui n'avait pas de nom à Rome, dont les provinciaux se servent sans doute, en reproduisant dans le contrat toutes les clauses qui constituaient à Athènes l'ἐμφυτευτικὸν ; de la même manière, que nous pouvons actuellement nous soumettre aux règles de l'ancien droit, en mentionnant textuellement dans nos contrats, les règles des anciennes coutumes que nous voulons faire revivre.

Le fragment d'Ulpien est fort précieux pour nous, car il marque la marche qu'a suivie l'emphytéose, pour conquérir sa place

1. M. Garsonnet, *op. laud.* p. 29 et 30.

2. Pseudo-Aristote, *Œconom.* II, p. 502, édit. Duval et p. 70 de l'édit. séparé de Gottling, 1830. Cf. Reynier, *Econ. publ. et rur. des Grecs*, p. 377.

parmi les contrats du droit romain. — Importation grecque, d'abord reproduite dans les stipulations privées, ensuite elle fut appliquée aux biens du domaine impérial qui étaient déserts, incultes, en friche (1).

L'emphytéose n'en devait pas rester là ; car les causes qui en avaient déterminé l'adoption par le gouvernement impérial devaient amener son développement. Les villes, les corporations, les églises se trouvaient, elles aussi, sous l'empire des mêmes besoins. Propriétaires de vastes domaines qu'elles ne pouvaient ni cultiver elles-mêmes, ni faire cultiver par des fermiers aux conditions ordinaires, elles se virent obligées, afin d'attirer les cultivateurs, d'abandonner leurs terres pour un très long temps, voire même à perpétuité, moyennant une rente fixe, périodique et inférieure au taux habituel des baux à ferme et le transport de droits très semblables à ceux du propriétaire.

Enfin, après avoir existé pendant longtemps à titre de contrat administratif, l'emphytéose fut usitée pour les biens de simples particuliers et surtout de grands propriétaires.

A l'époque de Zénon l'emphytéose est d'un usage général. La base du droit emphytéotique ainsi développé, était le contrat de concession, dont les clauses en réglaient la portée pour chaque cas particulier.

Sa nature était difficile à préciser et à formuler : elle se rapprochait beaucoup, sous certains rapports, du contrat de louage, sous d'autres, du contrat de vente ; mais elle ne se confondait complètement, ni avec l'un, ni avec l'autre. De là, une interminable controverse que Zénon se proposa de trancher, en élevant l'emphytéose à la dignité de contrat particulier, sous le nom spécial de *contractus emphyteuticarius*.

1. La constitution, 3, Code Th. lib. III, tit. XIX des empereurs Dioclétien et Maximien, est la première en date pour les emphytéoses domaniales.

L'étroite affinité que le *jus emphyteuticum* présentait avec le *jus in agro vectigali*, auquel il avait succédé, détermina les compilateurs du Digeste, et peut-être aussi le jurisconsulte Emile Macer, à considérer comme synonymes ces deux expressions et à brouiller les notions distinctes de l'une et de l'autre. C'est ainsi que l'on peut expliquer cette synonymie, sans recourir à l'accusation d'interpolation.

A part quelques différences, d'ailleurs très importantes, la ressemblance entre les deux institutions est notable : aussi, nous aurons bien des fois à nous inspirer de la théorie du *jus in agro vectigali*, pour combler les lacunes que rend inévitables la pauvreté des textes sur la matière.

DEUXIÈME PARTIE

THÉORIE DE L'EMPHYTÉOSE DANS LE DROIT ROMAIN

MÉTHODE A SUIVRE DANS CETTE PARTIE DE NOTRE ÉTUDE.

Les sources directes que nous possédons, sont peu abondantes ; nous n'avons à proprement parler, que le paragraphe 3 *de locat.*, *et conduct.*, des Institutes de Justinien et le titre 66 *de jure emphyteutico* du Code de Justinien, qui renferme seulement trois constitutions. Mais, nous pouvons emprunter beaucoup, autorisé d'ailleurs, par les développements historiques qui précèdent :

a. — A la matière de l'*ager vectigalis,* sur laquelle nous possédons le § 145, *comm.* III de Gaïus, un titre fort court : *Si ager vectigalis petatur* (liv. VI, titre 3) au Digeste, et un certain nombre des fragments épars.

b. — Aux concessions du domaine impérial, sur lesquelles nous trouvons un certain nombre des titres au Code de Justinien (1).

c. — A l'emphytéose ecclésiastique, sur laquelle nous possédons un titre (2) au Code et deux Novelles (3).

d. — Enfin, nous pouvons en raisonnant par voie d'analogie,

1. C. J. liv. XI, tit. 58, 61, 62, 63, 64.
2. C. J. liv. 1, tit. 2, *de sacros eccles.*
3. Nov. VII et CXX.

emprunter quelques règles à la matière de l'usufruit et à celle de la superficie.

Quant au degré d'autorité que nous devons accorder à chacune de ces sources, dans ces divers emprunts, nous remarquons :

En ce qui concerne le *jus in agro vectigali*, nous avons déjà réfuté l'opinion des commentateurs qui ne pensent pas qu'il y ait une distinction à faire entre ce droit et le *jus emphyteuticum*, et nous n'admettons pas non plus l'opinion de ceux qui pensent, que du moins les rédacteurs du Digeste, par l'assimilation qu'ils ont fait entre l'*ager vectigalis* et l'*ager emphyteuticarius*, ont manifesté l'intention d'appliquer à ce dernier texte, toutes les décisions que les textes classiques donnent relativement au premier.

Outre les différences que nous signalerons entre ces deux institutions, il importe de remarquer, dès à présent, que l'emphytéose s'applique aux biens de l'État, des cités, des temples et des particuliers, tandis que l'*ager vectigalis* n'a jamais été applicable aux biens des particuliers, au moins d'après notre opinion, et a toujours été, ainsi, un contrat du droit public ; que la première résulte d'un contrat particulier, *sui generis*, soumis à des règles spéciales, tandis que la seconde est considérée comme un louage, dès le temps de Gaïus. Nous appliquerons donc volontiers à l'emphytéose, les textes qui traitent du *jus in agro vectigali* ; mais en examinant préalablement, si chacun d'eux n'est pas inspiré, soit par la situation propre des fonds municipaux, soit par l'idée que le contrat intervenu est un louage.

Nous faisons remarquer, que l'étude de l'emphytéose comporte la même série de questions, que celle du droit vectigalien et que pour éviter des redites, nous ne nous étendrons en général, que sur celles dont la solution présente un intérêt nouveau.

En ce qui concerne les concessions du domaine impérial, nous n'avons rien à emprunter à la théorie du *jus privatum* : le con-

cessionnaire est propriétaire et cela doit établir une barrière infranchissable entre lui et l'emphytéote.

Même dans la théorie du *jus perpetuum* et de l'emphytéose domaniale, nous ne puiserons qu'avec discrétion ; car les textes, bien que maintenus au Code, ne nous font connaître qu'une législation en cours de formation, soumise à bien des variations et peut-être modifiée en pratique par ce titre *de jure emphyteutico* ; ensuite, et surtout pour tout ce qui concerne le droit fiscal, nous devons écarter les immunités et les privilèges dont jouissaient les biens du domaine impérial et qui ne sauraient être étendus aux biens des particuliers.

En ce qui concerne l'emphytéose ecclésiastique, elle s'inspire du droit commun, par les règles duquel elle doit être complétée et sur lequel elle ne réagit pas. Nous puiserons dans les Novelles, quand une des règles qu'elles formulent nous apparaîtra non comme un privilège de l'Église, mais comme l'énonciation d'une règle sur laquelle notre titre n'a pas eu à s'expliquer, et que les textes spéciaux formulent comme un fait constant.

Nous avons dit enfin, que certains textes seraient empruntés à la matière de l'usufruit et de la superficie. Nous aurons à en justifier l'emploi, quand nous y aurons recours, autorisé d'ailleurs, par la ressemblance frappante qui existe entre ces diverses institutions.

Muni de ces ressources, nous établirons dans cette partie la nature du droit emphytéotique, l'étendue des droits et des obligations de l'emphytéote, les voies judiciaires qui lui sont ouvertes pour faire valoir ses droits, la constitution, la transmission et enfin l'extinction de l'emphytéose. Nous consacrerons un chapitre spécial à l'emphytéose des biens du domaine impérial et des biens ecclésiastiques. Nous terminerons, par un tableau comparatif entre l'emphytéose et les diverses institutions avec lesquelles elle présente plus ou moins d'analogie.

CHAPITRE I

NATURE DU DROIT EMPHYTÉOTIQUE, DROITS, ACTIONS ET OBLIGATIONS DE L'EMPHYTÉOTE.

SECTION I

NATURE DU DROIT EMPHYTÉOTIQUE.

La constitution que Zénon rendit pour l'Orient, vers l'an 486 de l'ère chrétienne, marque une nouvelle phase dans l'histoire de l'emphytéose et tient une place si importante dans notre étude, que nous croyons devoir la rapporter tout entière : « Jus em-
« phyteuticarium neque conductionis, neque alienationis esse
« titulis adjiciendum, sed hoc jus tertium esse constituimus ab
« utriusque memoratorum contractum societate seu similitudine
« separatum, conceptionem item definitionemque habere pro-
« priam, et justum esse, validumque contractum, in quo cuncta,
« quæ inter utrasque contrahentium partes super omnibus, vel
« etiam fortuitis casibus, pactionibus, scriptura interveniente,
« habitis placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate modis,
« omnibus debeant custodiri ; ita ut, si interdum ea, quæ fortuitis
« casibus eveniunt, pactorum non fuerint conventione suscepta,
« si quidem tanta emerserit clades, quæ prorsus etiam ipsius rei,
« quæ per emphyteusim data est, faciat interitum, hoc non em-
« phyteuticario, cui nihil reliquum permansit, sed rei domino, qui
« quod fatalitate ingruebat, etiam nullo intercedente contractu,
« habiturus fuerat, imputetur. Sin vero, particulare vel aliud

« leve contigerit damnum, ex quo non ipsa rei penitus lædatur « substantia, hoc emphyteuticarius suis partibus non dubitet « adscribendum. »

Par cette constitution, Zénon fit de l'emphytéose une institution *sui generis*, dont il entreprit de déterminer la nature et les principales règles.

Nous connaissons déjà la discussion qui partageait autrefois les jurisconsultes romains, sur l'assimilation du *jus in agro vectigali* soit à la vente, soit au louage. Le second sentiment avait fini par l'emporter, d'après le témoignage de Gaïus. Plusieurs textes du Digeste (1) confirment l'affirmation de Gaïus.

L'emphytéose, ayant succédé au *jus in agro vectigali*, on devait tout naturellement croire qu'elle lui avait emprunté sa nature, considérer la question comme tranchée également à son égard et l'assimiler sans difficulté au louage. Et en effet, nous voyons les textes (2) faire de la manière la plus explicite cette assimilation, en appliquant à l'emphytéose les mots *locare, conducere* et aux emphytéotes l'expression : *perpetuarii conductores*. Ce n'est pas donc sans étonnement qu'on retrouve les traces d'une controverse analogue, sur la nature du *jus emphyteuticum*, dans la constitution de Zénon qui eut pour but de la trancher. Pour éclaircir ce point, M. Pépin le Halleur (3) propose l'explication suivante : lorsque les particuliers empruntèrent à l'administration du domaine impérial l'usage des concessions de jouissance perpétuelle, on dut se demander s'il n'y avait pas une différence grave entre la portée d'une semblable concession, suivant qu'elle émanait d'un particulier ou de l'Etat ; et par suite,

1. L. 1, pr. et § 1, *Si ager vectig.*, l. 71, §§ 5 et 6, *de legatis*, 1°.

2. C. J. l. I, de off. *consit. sacr. pal.*; C. J. l. 3, *de locat. prœd. civ.*; C. Th. V, 13.

3. *Op. laud.* p. 58.

si c'était le *jus privatum* ou le *jus perpetuum* qui devait servir de type au nouveau droit.

On peut ajouter, que l'emphytéose ayant seule subsisté, après avoir eu pour contemporain le *jus perpetuum* et le *jus privatum*, on dut hésiter à affirmer qu'elle n'eût pas subi l'influence du *jus privatum*, qui était une véritable vente.

Comment Zénon trancha-t-il la controverse? D'une manière bien vague et bien imparfaite. L'emphytéose, dit-il, ne doit être qualifiée ni de vente, ni de louage, mais constitue une troisième espèce de contrat, que, malgré ses points de ressemblance avec les deux précédents, il faut se représenter et définir à part. Mais quels sont les caractères distinctifs de l'emphytéose? Zénon ne prend pas la peine de le dire ; supposant bien connue la nature de l'emphytéose, il se contente d'en tirer une conséquence pratique, au point de vue de la question des risques.

Ce n'est que dans le passage plus explicite des Institutes de Justinien (1), que nous pouvons tirer une définition telle quelle de l'emphytéose; et conclure que, c'est une concession à long terme ou à perpétuité de la jouissance d'un fonds appartenant à autrui, moyennant une redevance annuelle, sauf déchéance du droit en cas de non-payement de cette redevance.

Mais, cette définition ne jette guère de lumière sur la nature propre du droit emphytéotique. Aussi, la question a exercé de tout temps la sagacité des jurisconsultes, tant anciens que modernes, et a donné lieu à de longues et vives controverses, qui ont subsisté jusqu'à nos jours.

Nous ne nous arrêterons qu'aux principales opinions qui se sont produites.

La première opinion qu'il convient de mentionner, tant à cause de son ancienneté, qu'à cause de la faveur qui fut longtemps son

1. § 3, *de locat. et cond.* Instit.

partage, est celle des glossateurs. Ces savants, entièrement imbus des idées et des théories de l'époque féodale, complètement ignorants des plus simples notions de l'histoire, prirent à la lettre la synonymie que les commissaires de Justinien avaient établie rétroactivement au Digeste, entre les expressions *ager vectigalis* et *ager emphyteuticarius*, confondirent dans le Code l'emphytéose domaniale, dont il est question dans plusieurs titres du livre II, avec l'emphytéose nouvelle, à laquelle se rapporte le livre IV, titre 66, et ne firent pas cette distinction délicate à saisir, entre le *jus perpetuum* et le *jus privatum*.

Placés en présence de quelques textes, qui réservaient formellement le *dominium* au concédant et quelques autres, qui semblaient qualifier l'emphytéote de *dominus*, il y virent une contradiction flagrante et ils cherchèrent un moyen d'y échapper. Ils trouvèrent une explication qui leur semblait toute simple, parce qu'ils la puisaient dans une des relations les plus communes à leur époque. C'était le temps de la féodalité, et les jurisconsultes de ce nouveau régime rattachaient à une fiction de droit éminent de propriété les prérogatives de la suzeraineté. Il sembla tout naturel à l'école d'Accurse de considérer le propriétaire du fonds comme un seigneur et l'emphytéote comme un vassal ; d'autant plus, que les jurisconsultes romains expliquaient par une idée analogue la soumission au tribut des fonds provinciaux. Pour dénommer les droits du concédant et ceux du concessionnaire, ils empruntèrent à la langue latine des termes parfaitement étrangers au droit romain, et ils concnciliérent les textes, en rapportant à un prétendu *dominium directum*, ceux qui réservaient la propriété au concédant, et à un prétendu *dominium utile*, ceux qui semblaient attribuer cette même propriété au concessionnaire.

La distinction que les Romains avaient faite, entre l'action en revendication *directe* réservée au concédant et l'action en revendication *utile* accordée au concessionnaire, se prêtait heaucoup à

cette interprétation. Si le mot n'y est pas, la chose y est, disait-on.

Cette théorie était ingénieuse sans doute, mais nous n'avons pas besoin de grands efforts pour démontrer qu'elle n'était qu'une fantaisie et un anachronisme. Cependant, elle régna longtemps sans conteste, et ne fut attaquée que par la grande école critique et historique du seizième siècle. Les deux éminents jurisconsultes, Cujas (1) et Doneau (2), ce dernier surtout, ont fait justice de cette théorie. Ils démontrèrent, que l'emphytéose ne pouvait pas demander au *jus civile* un droit de propriété qui déjà appartenait à un autre et qui ne pouvait pas être reconnu à deux personnes à la fois : le droit absolu de l'une excluant le droit absolu de l'autre. Ils expliquèrent, que malgré la symétrie des termes, le partage de la propriété en *dominium directum* et *dominium utile* n'était nullement *adequat* à la distinction faite entre les actions *directes* et les actions *utiles* ; que si le concédant a l'action en revendication directe, c'était précisément parce qu'il était resté propriétaire. L'emphytéote n'avait que l'action utile, c'est-à-dire, fictive, et cette fiction même témoignait contre lui, puisqu'elle prouvait que, dans la réalité des choses, il n'était pas propriétaire. Ils proclamèrent enfin, que le droit de l'emphytéote était simplement un droit de servitude personnelle, un *jus in re alienâ*, analogue à celui de l'usufruitier ; seulement, au lieu de le devoir au *jus civile*, il le devait au droit prétorien.

La démonstration était décisive ; mais les préjugés étaient plus enracinés que la vérité juridique. L'erreur s'est perpétuée dans la jurisprudence ; pour l'extirper de la science du droit romain il a fallu de nouveaux efforts. Les savants allemands, Thibaut (3) et

1. *Observ.* VII, 4, t. III, 169, *Récit. solemn.* ad tit. Dig. *si ager vectig. Paratila in libros* IX, *Codic. Justin.* IV, 66.

2. *Comm. jur. civ.* IX, 13, §§ 1, 2, 3.

3. *Versuche*, II, n° 3 : sur le *dominium directum* et le *dominium utile* ; et *civilistiche abhandlungen*, n° 11, sur la nature du droit de l'emphytéote, p. 266 à 284.

Vangerow (1), se firent les champions des vrais principes romains.

Savigny, dans son précieux traité du droit de Possession (2), crut devoir s'écarter de l'opinion de Cujas et Doneau, en ce qui concerne la nature du droit emphytéotique. Il proposa une théorie nouvelle, qui consistait à dire : qu'avant Justinien, l'emphytéote avait le *dominium bonitarium*, et que, depuis Justinien qui abolit le *nudum jus quiritium*, il avait un droit de propriété complet, exposé seulement au danger de la révocation.

Cette opinion fut énergiquement combattue par l'illustre professeur Thibaut. Il fit observer, que s'il est vrai que certaines prérogatives de la propriété ont été transférées à l'emphytéote avec le droit perpétuel à la jouissance, il est téméraire d'en conclure, qu'il a la propriété elle-même. Le créancier gagiste, en effet, n'a-t-il pas le droit d'aliéner ? L'usufruitier n'a-t-il pas le droit de construire sur le fonds, pourvu que le revenu soit augmenté par l'effet de ses constructions (3) ? Thibaut fit encore remarquer, que le fragment (4) du jurisconsulte Ulpien, qui attribue le *fundus* au concessionnaire d'un *ager vectigalis* et l'oppose aux *jura in re alienâ*, se trouve formellement contredit par un autre fragment (5) du même jurisconsulte, qui ne reconnaît à l'emphythéote qu'un *jus prœdii* ; ainsi que, par un autre fragment du jurisconsulte Paul, qui montre jusqu'à l'évidence que l'emphytéote n'avait pas la propriété : « *quamvis non efficiantur domini*,.. » dit ce texte (6).

Il démontra enfin, que la constitution (7) des empereurs Théo-

1. *Pandecten*, t. I, p. 728 note.
2. Dans la deuxième édition publiée en 1806.
3. L. 13, § 5 D. *de usufr.*
4. L. 1, D. *de cond. tritic.*
5. L. 3, § 4, D. *de reb. eor. qui sub. tut.*
6. L. 1, § 1, D. *si ager vectig.*
7. L. 12, C, J. *de fund patrim.*

dose et Valentinien, qui permet l'affranchissement des esclaves attachés à un fonds du domaine impérial, ne se réfère pas à l'hypothèse d'une véritable emphytéose, mais est relative au *jus privatum salvo canone*. D'autres textes, non moins catégoriques, refusent à l'emphytéote toute espèce de propriété. Ainsi, la constitution (1) de Zénon n'accorde pas à l'emphytéote le *titulus alienationis* ; deux constitutions (2) de Justinien opposent expressément l'emphytéose à la propriété et l'emphytéote au propriétaire, et une Novelle (3) du même empereur s'exprime ainsi : « *emphyteusis non procul ab alienatione constat.* »

Si à l'époque de cette controverse les Commentaires de Gaïus avaient été connus, on aurait pu certainement se prévaloir aussi de quelques paragraphes (3), pour achever de combattre l'opinion de Savigny.

Inutile, d'ailleurs, de nous y arrêter davantage. La découverte des Commentaires de Gaïus vint, peu après, confirmer la doctrine de Cujas et Doneau, et Savigny ne tarda pas, dans une édition postérieure du même ouvrage (4) à se rallier à la doctrine universellement admise, qui voit dans le *jus emphyteuticum* un droit réel, un *jus prædii*, un *jus in re alienâ*, à l'exemple de la servitude (5).

Quelques auteurs (6), néanmoins, tout en admettant que l'em-

1. L. 1, C. J. *de jur. emphyt.*
2. L. 2 et l. 3, C. J. *hoc. tit.*; voir aussi l. 2, C. J. *de mancip. et col.*
3. *Comm.* III, §§ 111 et 145.
4. *Traité du droit de possession*, 6e édit. p. 124, note 3. Voir aussi la 7e édition Stædtler, 1870, p. 97.
5. Thibaut, *Civilit Abhand*, nº 11, p. 266 à 284; Puchta, *Pand.* 174; Vangerow, *op. laud.* t. I, p. 791; Mühlenbruch, *Doctr. Pand.* t. II, 298; Warkœnig *Comm. jur. rom. priv.* t. I, 477: *et seq.* Vuy. *op. laud.* p. 209, *et seq.* Du Cauroy, *Instit. Justin.* t. II, nº 1056, p. 210. Pépin le Halleur, *op. laud.* p. 59 et seq. Lattes, *op. laud.* p. 141 et seq. M. Garsonnet, *op. laud.* p. 155.
6. Büchel, *Uber jura in re* (Marbourg, 1834) p. 39-43; Molitor, *les Obligat.* (2e édit. 1866) p. 716.

phytéose ne confère qu'un *jus in re aliena*, ne pensent pas qu'il soit possible de l'assimiler à la servitude. Les servitudes, disent-ils, sont des droits tout à fait distincts, tout à fait indépendants du droit de propriété dont elles ont été détachées, si bien qu'elles peuvent être aliénées avec le fonds dominant comme un objet de propriété à part, tandis que le droit de l'emphytéose tout en étant plus étendu, n'est nullement détaché et indépendant de la propriété ; la propriété reste plutôt entière, seulement l'emphytéote obtint avec la possession de la chose, l'exercice des droits de propriété ; il n'a donc pas la *juris possessio*, d'où il résulte, que son droit ne saurait s'acquérir par la prescription.

Nous croyons avec M. Pellat (1) et notre savant maître M. Gérardin (2), que l'emphytéose est un droit qui ressemble par ses effets au *dominium* et à la *servitus*, sans prendre leur nom, qui est réservé à des institutions du droit civil.

La vérité de cette proposition ressortira de cette partie de notre étude.

Nous n'avons jusqu'à présent qu'un des éléments de la définition de l'emphytéose ; c'est un *jus in re aliena*, comme autrefois le *jus in agro vectigali* ; voilà tout ce que nous savons. Pour établir une différence spécifique qui la distingue des autres droits du même genre, nous devons chercher quels sont les droits et les obligations de l'emphytéote ; nous aurons par là même, analysé les droits et obligations du concédant.

1. *Op. laud.* p. 97, n° 116.

2. *A son cours* de droit romain, professé à la faculté de droit de Paris, (leçon du 11 mars 1880).

SECTION II

DROITS ET ACTIONS DE L'EMPHYTÉOTE.

Nous n'avons aucun texte, pour nous conduire dans la recherche des droits et des actions qui appartiennent à l'emphytéote. Les auteurs en sont réduits à raisonner par analogie, en comparant l'emphytéose aux divers contrats du droit commun et particulièrement au *jus in agro vectigali*.

§ 1. — *Droits de l'emphytéote.*

L'emphytéote a la jouissance du fonds. Mais quelle peut être l'étendue de cette jouissance? Doit-on suivre exactement les règles de l'usufruit ? Ce que l'on peut affirmer avec certitude, c'est que l'emphytéote doit avoir au moins les droits d'un usufruitier, la durée de son droit étant en général perpétuelle, ou plus longue que celle du droit de l'usufruitier.

La condition de l'usufruitier est sous bien des rapports inférieure à celle de l'emphytéote. D'abord, tandis que le premier n'a aucun droit sur les fruits qui n'ont pas été détachés ou perçus par lui ou en son nom, — le second acquiert certainement les fruits par cela seul qu'ils sont séparés du sol, fût-ce par le fait d'autrui (1).

L'usufruitier acquiert seulement les produits, qui en raison de leur périodicité et de la destination du fonds ont le caractère de fruits. Faut-il faire la même distinction pour les produits à attribuer à l'emphytéote? Nous pensons que le droit de jouissance de

1. L. 25, § 1, D. *de usur. et fruct.*

l'emphytéote n'est limité que par l'obligation de ne pas détériorer le fonds. En conséquence, il peut abattre les bois de haute futaie, s'il y a espérance que les arbres puissent revenir, ou si après la coupe, le terrain mis en culture peut produire des fruits. Il jouit des droits de pêche et de chasse,sans avoir à distinguer, comme dans le cas d'un usufruit, si la pêche ou la chasse forment ou non le revenu à peu près exclusif du fonds. Il jouit des mines et carrières qui sont déjà en exploitation à l'ouverture de son droit. Mais, peut-il en ouvrir de nouvelles? La question est très délicate. Les auteurs (1), en général, s'accordent à reconnaître à l'usufruitier le droit d'ouvrir lui-même des mines et carrières, à condition que la nouvelle exploitation ait pour effet de rendre la substance du fonds plus productive, ou qu'elle ne diminue pas le rendement ou la valeur du fonds (2). Mais, cette faculté est toujours restreinte, par la défense de faire de la chose assujettie à l'usufruit un usage contraire à sa destination.

Nous croyons que, par *a fortiori*, on doit reconnaître à l'emphytéote le droit d'ouvrir des mines et carrières, à condition de ne pas diminuer le rendement ou la valeur du fonds ; mais il n'y a pas lieu de restreindre ce droit par l'obligation de ne pas changer la destination du fonds ; car, comme nous le verrons bientôt, l'emphytéote n'est pas obligé de la conserver.

Les questions de savoir, si le part des esclaves attachés au fonds doit appartenir au propriétaire du fonds ou à l'emphytéote, soulève de graves difficultés.

Le part des esclaves grevés d'usufruit est réservé au nu-propriétaire, par cette raison, qu'on ne le considère pas comme un fruit. Pour ce même motif, on a pu trancher la question en faveur du bailleur emphytéotique ; mais, peut-être, y avait-il de raisons

1. M. Accarias, *op. laud.* t. I, n° 275, p. 662 ; Maynz, *op. laud.* t. I, § 126, p. 811.

2. L. 9, § 2, 3, D. *de usufr. et quemad.* ; l. 13, § 5 et 6, D. *eodem*.

spéciales pour interpréter plus largement les droits de l'emphytéote. Les jurisconsultes d'ailleurs, n'avaient pas admis sans hésitation l'opinion qui refusait à l'usufruitier tout droit sur les enfants des esclaves et ils la justifient de différentes manières (1).

Le christianisme, qui avait exercé une grande influence sur les institutions sociales, qui sans doute n'avait pas été étranger à la défense de séparer les divers membres d'une famille de colons, dut faire pencher la balance du côté de l'emphytéote, qui avait un droit de sa nature perpétuel, non pas essentiellement temporaire comme l'usufruitier. Enfin, on peut considérer le but de l'emphytéose qui est la mise en culture des terres et qui sera d'autant mieux atteint, qu'un plus grand nombre d'esclaves sera attaché au fonds.

Quant aux changements que l'emphytéote peut opérer valablement, on doit aussi les entendre d'une manière plus large qu'au cas d'usufruit. Rien n'oblige l'emphytéote à conserver la substance de la chose, en prenant ce mot dans un sens particulier; il pourra donc, changer la disposition et la destination du fonds, sous cette seule condition que les changements opérés ne produiront pas de détérioriation (2). Il est vrai, que cette restriction n'est contenue que dans un texte relatif à l'emphytéose ecclésiastique, qui ne pouvait être faite que pour un temps limité. Mais, de ce que l'emphytéose ordinaire était habituellement faite à perpétuité, on ne saurait conclure sérieusement, que la décision de la nouvelle soit exclusivement propre à l'emphytéose des biens ecclésiastiques. Autrement, quelle différence y aurait-il entre l'emphytéote et le propriétaire, entre l'emphytéose et la vente? De

1. L. 27 pr. D. *de hered. petit.*; l. 28, § 1, D. *de usur. et fruct.* Au temps de Cicéron (*de finib.* I, 4) les jurisconsultes Manilius et Scévola traitaient l'esclave comme un fruit. C'est Brutus qui fit prévaloir l'opinion contraire (l. 68, pr. D. *de usufr. et quemad.*).

2. Nov. 7, c. 3, § 2.

plus, nous avons vu que les détériorations imputables au concessionnaire d'un *ager vectigalis* étaient certainement une cause de déchéance, et nous trouvons un texte (1) où la même déchéance est formellement prononcée contre l'emphytéote domanial. Rien n'empêche d'appliquer par analogie la même décision au cas d'emphytéose proprement dite (2).

A l'égard du trésor découvert dans le fonds emphytéotique, par un autre que l'emphytéote, celui-ci, peut-il se prévaloir de la constitution d'Adrien, à l'effet de revendiquer en vertu d'une acquisition *ex lege*, la partie attribuée au propriétaire du fonds ?

Les textes sont muets. La question a dû faire avant Zénon l'objet de certaines difficultés ; elle devait probablement emporter des solutions différentes, suivant que l'on voyait dans l'emphytéose une vente ou un louage.

Cet empereur a tranché le doute, en établissant la situation de l'emphytéote; et il ne saurait y avoir d'hésitation en présence des textes (3) qui attribuent le trésor au *dominus*, si surtout l'on considère, que cette attribution légale est motivée par cette supposition que, l'argent enfoui devait appartenir à des ancêtres du propriétaire (4). L'emphytéote n'a donc aucun droit au trésor, qui n'est ni un fruit, ni un accessoire, ni une partie du fonds, à moins qu'il n'en soit l'inventeur ; comme tel, il pourrait en prendre la moitié, *jure inventionis* (5).

L'alluvion doit profiter à l'emphytéote. Comment, en effet, délimiter le fonds tel qu'il existait lors de l'établissement de l'emphytéose ? L'accroissement s'est fait petit à petit et insensible-

1. C. J. l. 3. *de colon. et mancip. patrim.*
2. Pépin le Halleur, p. 66 et 67 ; Maynz, t. I, p. 861 ; Mühlenbruck *Doctrin. Pand.* n° 299.
3. § 39, Inst. Jnst. II, *de divis. rerum et qualit.*
4. M. Accarias, *op. laud.* t. I. 595, note 3, édit. 3e.
5. *Contra* Voët, *loc. cit.*

ment, c'est chaque jour et à chaque instant que le cours d'eau dépose le limon qui s'adjoint au fonds et en partage le sort. Le fonds du propriétaire augmente et le droit du concessionnaire s'étend à ces parties nouvelles, par droit d'accession.

N'est-il pas juste, d'ailleurs, de faire bénéficier de quelques avantages accidentels, celui qui supporte sans compensation toutes les pertes partielles ?

Même solution à l'égard de l'île née dans un fleuve et plus généralement de toutes les accessions.

L'emphytéote pouvait-il grever le fonds des servitudes *tuitione prætoris* ? Cette question est vivement controversée. Nous l'avons déjà examinée à propos du *jus in agro vectigali*; nous ne faisons que nous y référer.

Il n'y a aucune difficulté d'admettre la faculté pour l'emphytéote d'établir des servitudes *jure prætoris*, au profit du fonds emphytéotique. Mais, il va sans dire, qu'elles s'éteignaient de plein droit à la cessation de l'emphytéose.

L'emphytéote pouvait-il affranchir les esclaves attachés au fonds ?

Cujas (1), lui accordait ce droit, en se fondant sur la constitution 12 au Code de Justinien, *de fund. patrim.*, et il voyait dans la possession de ce droit une différence spécifique entre le *perpetuarius* et l'emphytéote. Mais, ce texte fameux n'a pas le sens que lui donne le grand jurisconsulte. Peur l'expliquer nous n'avons pas besoin d'accuser Tribonien de l'avoir altéré (2). Suivant nous, ce texte a en vue des possesseurs immémoriaux des terrains qui devraient faire partie du domaine impérial. Les empereurs Théodose et Valentinien, devant l'impossibilité de rétablir les droits du fisc, consolident le droit de ces possesseurs, tiennent l'acquisition (*comparatio*) pour parfaite, le prix (*prætium* et non

1. *Opera*, t. IX, comm. lib. IV, Code tit. 66, p. 415.
2. Wenck. Théod. lib. V, *priores*, p. 321.

canon) pour versé et enfin, reconnaissent aux uns, accordent aux autres, tous les droits de véritables propriétaires. Ceux-ci peuvent donc, dès lors, non-seulement disposer des esclaves, mais du fonds même, « *cum fundorum domini sint* (1).

Il s'agit, en un mot, dans ce texte, de la concession du *jus privatum* établie par un rescrit au profit d'anciens détenteurs des biens du fisc, qui devenaient par le fait même *domini*. Si la loi ne visait que des emphytéotes, elle n'emploierait pas le terme de *domini*, « *quoniam emphyteuticarii domini non efficiuntur* », dit Cujas lui-même ; elle ne leur donnerait pas le pouvoir d'affranchir, « *quoniam nequeunt manumittere non domini* (2). »

L'emphytéote profitait bien des services des esclaves ; mais d'une part, il n'en avait pas la propriété, et d'autre part, il ne pouvait pas détériorer le fonds. Dès lors, comment aurait-il pu affranchir les esclaves qui y sont attachés et qui fournissent le travail nécessaire à sa culture ?

On doit donc refuser ce droit à l'emphytéote.

Telle était, d'ailleurs, la solution admise pour le preneur vectigalien et le *perpetuarius* (3), et il n'y a aucune raison pour l'écarter en matière d'emphytéose.

Mais, si les esclaves ne peuvent pas être affranchis par l'emphytéote, peuvent-ils du moins l'être par le propriétaire ? Des obstacles d'un autre ordre se présentent à son égard. Il a en effet promis à l'emphytéote la jouissance des esclaves avec celle du fonds ; il ne peut donc l'en priver par un acte émanant de sa seule volonté.

1. Cette constitution, dont le véritable sens a été rétabli par Thibaut (*Dissertations*, p. 274, 281), est une de celles que les glossateurs invoquaient en faveur de leur doctrine, sur la nature de l'emphytéose.

2. Cujas, *Paratitla*, ad l. 12. C. J. *de fund. patrim.*

3. L. 9, C. J. *de mancip. et col. patrim.*

En ce qui concerne l'esclave grevé d'usufruit, Justinien a tranché la difficulté d'une manière très sage, en décidant que l'affranchissement produirait tout l'effet compatible avec le respect dû au droit de l'usufruitier : *salvo jure fructuarii* (1) ; de sorte que, l'esclave affranchi devenait libre en droit, mais en fait, demeurait *in servitute* jusqu'à l'extinction de l'usufruit.

Cette décision ne peut-elle pas être transportée dans la matière de l'emphytéose? Nous sommes disposé à l'admettre. Il est à peine besoin de dire, que rien n'empêchait le propriétaire du fonds d'affranchir immédiatement l'esclave, avec le consentement préalable de l'emphytéote.

Les considérations qui précèdent, nous donnent la solution de la question de savoir, si le propriétaire peut instituer comme héritier nécessaire l'esclave attaché au fonds grevé d'emphytéose. Il le pourra certainement, mais sous condition ; l'affranchissement, et par suite l'institution, ne vaudra que si l'emphytéose y consent ou si l'emphytéose, au moment de l'ouverture de la succession, s'est éteinte par déchéance ou autrement.

Quant aux acquisitions faites par l'esclave attaché au fonds, l'emphytéote, ayant comme l'usufruitier le *jus utendi* et *fruendi*, profitera comme lui des acquisitious faites à ses frais (*ex re suâ*) ou résultant du travail de l'esclave (*ex operis ejus*) ; mais les acquisitions faites à un autre titre, telles que les institutions d'héritier et les legs, profiteront au propriétaire.

Les auteurs, allemands surtout, disputent beaucoup pour savoir si l'on doit reconnaître à l'emphytéote une *corporis possessio*, ou s'il faut se borner à lui donner, comme à l'usufruitier, une *possessio juris* ou *quasi possessio*.

Nous pensons que l'emphytéote a la *corporis possessio*. En effet, cette possession est attestée par plusieurs fragments du

1. L. 1, C. J. *comm. de manum.*

Digeste, dont nous ne citerons qu'un seul : « *Possessor autem is accipiendus est, qui in agro vel civitate rem soli possidet aut ex asse, aut pro parte, sed et, qui vectigalem, id est, emphyteuticarium agrum possidet, possessor intelligitur. Item, qui solam proprietatem habet, possessor intelligitur* (1).

Mais de quelle espèce de possession s'agit-il ? Faut-il admettre la division de la possession en *originaire* et *dérivée* ou *transmise*, que de Savigny a consacrée dans son célèbre Traité de la Possession en droit romain ? Nous pensons, malgré l'autorité légitime qui s'attache au nom de l'illustre jurisconsulte, que les Romains n'ont jamais considéré comme seule possession véritable, celle qui est exercée *animo domini*, et nous repoussons par conséquent, le système de la possession dérivée : quiconque exerce un pouvoir physique total ou partiel sur une chose avec l'*animus rem sibi habendi* ou *possidendi*, a la possession de plein droit, c'est-à-dire, une véritable possession (2).

De ce que l'emphytéose a la *corporis possessio* il résulte, que le bailleur bien qu'il soit resté propriétaire, n'est plus possesseur, il ne peut plus exercer les interdits possessoires, car ce serait s'immiscer dans la jouissance de son concessionnaire et aller ainsi contre l'essence de l'institution.

Mais comment se fait-il que l'emphytéote est une véritable *corporis possessio*, au lieu d'une simple *juris quasi possessio* ? Cela doit paraître bien étrange, car reconnaître que le droit emphytéotique n'est qu'un *jus in re alienâ* à l'exemple de la servitude, c'est dire que l'emphytéote n'est qu'un *juris possessor*.

1. L. 15, § 1, D. *qui satisd. cog.* Voir aussi, l. 25, § 1, D, *de usr. et usufr.*, l. 16, D. *de servit.*; l. 31, D. *de pignor.*

2. La théorie de Savigny sur la possession dérivée a été l'objet de vives attaques. Nous ne citons que Warnkœnig (*Archiv. für civil. Praxis.* XIII, p. 169-180 : M. Machelard, *Dissertations de droit romain et de droit français*, p. 42, et suiv. (1882, Paris); M. Van Wetter, *De la possession en droit romain*, (1868) p. 5 et suiv.

Savigny a expliqué cette anomalie par des raisons historiques et nullement par la nature et le caractère de l'emphytéose. L'*ager emphyteuticarius*, dit-il, a été formé sur le modèle de l'*ager vectigalis*, et celui-ci, sur le modèle de l'*ager publicus*. Or, comme la possession elle-même devait son origine à l'*ager publicus*, il était naturel de la conserver dans l'*ager vectigalis* et ensuite dans l'*ager emphyteuticarius* (1).

De ce que l'emphytéote a la *possessio rei*, il résulte, que la *quasi possessio* se trouve exclue et rendue superflue. Il en résulte encore, que l'emphytéote a l'exercice des interdits possessoires, comme le propriétaire et qu'il n'a nullement besoin des interdits *quasi-possessoires* (2).

L'emphytéote a incontestablement l'exercice de l'interdit spécial *quominus loco publico*, qui lui est accordé lorsque la concession porte sur un bien public (3).

Une dernière question nous reste à examiner.

Si l'emphytéote a fait des constructions, des plantations dispendieuses sur le fonds, pendant le cours de sa jouissance, sans y avoir été obligé par les clauses du contrat, peut-il, à la fin de l'emphytéose, réclamer une indemnité pour ses améliorations ?

Il est certain, qu'il n'a aucun droit dans le cas où il encourt la commise pour cause de non-payement du canon ; à cet égard, nous avons des textes formels (4).

Mais, la question est délicate dans les autres cas d'extinction de l'emphytéose.

1. Savigny, *op. laud.* p. 183, 274 et 485 note 2. Voir Schrœter, *Zeitschrift in Linde's*, t. II, p. 237, 243 et Molitor, *de la possession* etc, p. 42 et 46, qui expliquent autrement la possession de l'emphytéote.

2. Pellat, *op. laud.* p. 608 ne lui accorde que les interdits quasi possessoires ou utiles. M. Machelard, *op. laud.* p. 45 note, donne la même solution ; mais il faut remarquer que, d'après lui, l'emphytéote n'a que la *juris possessio*.

3. L. 1, D. *de loco publico fruendo*.

4. L. 2, C. J. *de jur. emphyt.* Novelle 7, ch. 3 ; Novelle 120, ch. 8.

L'affirmative est soutenue par un grand nombre d'auteurs (1) ; Ils argumentent par *a contrario* de la loi 2 du Code de Justinien, *de jure emphyteutico* ; mais cet argument n'est nullement décisif, car cette loi a pour but unique de régler les conséquences de la déchéance de l'emphytéote ; pourquoi se serait-elle occupée de la question des améliorations pour les autres cas d'extinction.

Un autre argument a été tiré de ce que l'emphytéote n'est pas tenu d'améliorer la chose, mais seulement de la conserver. Cette raison n'est pas non plus concluante, parce qu'on peut objecter que l'emphytéote loin de ressembler au possesseur de bonne foi, savait parfaitement qu'il n'était point propriétaire. Il n'a même pas eu l'*animus reus sibi habendi*, l'*animus domini*, et, à cet égard, sa condition est moins digne de faveur que celle du possesseur de mauvaise foi (2). Or, d'après les principes romains, l'usufruitier, et en général, tout possesseur de mauvaise foi d'un fonds appartenant à autrui, n'a droit à aucune indemnité pour les améliorations ou constructions érigées par lui ; il est présumé avoir voulu faire une libéralité au propriétaire : *donasse videtur*, disent les textes (3).

On peut ajouter, que si l'emphytéote a fait des améliorations, c'est pour en profiter pendant le temps de sa jouissance, et il en a effectivement tiré quelque avantage, par une augmentation de produits ou de toute autre façon ; mais il savait bien, qu'à l'arrivée du terme, les améliorations devraient rester au propriétaire, dont le silence ne pouvait être pris pour une adhésion. C'est pour ce dernier, une compensation à la modicité de la redevance que lui payait

1. Mühlenbruch, *Doctr. Pand.* § 300 note 2. Voët, *si ager vectig.* t. I n° 52. M. Accarias, *op. laud.* t. I, p. 582, note 1.

2. L. 13, §§ 4, 7 et 8 ; l. 15 *pr. De usufr. et quemad.*

3. Inst. § 30, *de division. rer.* (lib. II, tit. II) ; l. 7, § 12, D. *de acq. rer. dom.*

l'emphytéote. Cette opinion est, d'ailleurs, presque universellement admise (1).

Pour les mêmes raisons, nous refusons à l'emphytéote le droit d'enlever les matériaux et les plantations.

Il n'y avait qu'un seul cas, où l'emphytéote pouvait retirer indirectement du *dominus* le remboursement de ses impenses : c'est, lorsque ce dernier usait de la faculté de préemption, que nous aurons à étudier ; dans ce cas, la plus-value des fonds entrait évidemment en ligne de compte pour la fixation du prix.

§ 2. — *Des actions qui appartiennent à l'emphytéote.*

Les droits de l'emphytéote seraient illusoires, s'il n'avait pas des moyens pour les faire valoir et les faire respecter ; aussi, la loi ne l'a-t-elle pas laissé sans défense. — Toutefois, le silence des textes est complet sur ce point ; mais cette lacune peut être comblée. Nous avons déjà été amené, en appliquant à l'emphytéote la décision donnée par un texte relativement à l'*ager vectigalis*, à lui accorder la possession proprement dite et par conséquent aussi les interdits possessoires. Mais là ne doit pas se borner l'application à l'emphytéose des règles régissant le *jus in agro vectigali*. L'assimilation entre ces deux contrats a été faite par Justinien précisément dans la rubrique du titre du Digeste : « *Si ager vectigalis...*, » qui reconnaît une action réelle au preneur vectigalien ; il est donc impossible de refuser à l'emphytéote l'action réelle pétitoire (2).

Si l'emphytéote n'avait pas eu un droit réel, comment l'opinion qui voyait un cas de vente dans le *jus in agro vectigali*, aurait-elle pu renaître à propos de l'emphytéose ?

1. Molitor, *obligat. en dr. romain*, t. I, p. 719; Lefort, *op. laud.* p. 84.
2. L. 15, § 1, D. *qui satisd. cog.*

Cette action, comme celle du preneur vectigalien, est une *actio in rem utilis* ou *utilis rei vindicatio* (1). L'emphytéote peut l'exercer contre les tiers et contre le propriétaire du fonds lui-même, à condition, dans ce dernier cas, qu'il ait de son côté accompli exactement l'obligation de payer le canon (2). L'action est accordée alors même que la concession n'est pas à perpétuité (3).

Le propriétaire de son côté, a l'action en revendication directe, qui sanctionne les droits qu'il s'est réservé sur le fonds.

Pour l'exécution des obligations réciproques qui accompagnent la constitution d'emphytéose, il existe une action de bonne foi, appelée *actio emphyteuticaria* : *directa et contraria* (4).

L'emphytéote pouvait recourir à l'*operis novi nunciatio* (5), à l'interdit *quod vi aut clam* (6), à l'action *aquæ pluviæ arcendæ* (7), à l'action *arborum cessarum* (8), à l'*actio furti*, à la *condictio furtivâ*, à l'action *ex lege Aquilia*. Il pouvait user à titre d'actions utiles des actions, *confessoria* et *negatoria servitutis* (9).

La question, si l'emphytéote avait l'exercice de la *Publiciana in rem actio*, est fort délicate : nous l'avons déjà examinée à l'occasion de la théorie du *jus in agro vectigali*; nous n'y reviendrons pas (10).

Remarquons, que l'emphytéose peut faire l'objet d'une *actio communi dividundo* et *familiæ erciscundæ*.

1. L. 16, § 2, D. *de pign. act.*
2. L. 1, § 1, D. *si ager vectig.*
3. L. 3, D. *eodem.*
4. Ortolan, *op. laud.* t. II, p. 357; Molitor, de la *Possession*, etc. p. 717.
5. L. 3, § 3, D. *de op. nov, nunt.*
6. L. 16, pr. D. *quod. vi aut clam.*
7. L. L. 3, § 4 et l. 23, § 1, D. *de aq. et aq. pluv. arc.*
8. L. 5, § 2, 3, D. *de arb. furt. cœs.*
9. Savigny, *op. laud.* p. 487; Molitor, *ibidem*; Pellat, *op. laud.* p. 606.
10. Voir pages, 29 et suiv...

L'emphytéote, enfin, a aussi l'action *finium regundorum* comme le propriétaire et l'usufruitier,

SECTION III.

OBLIGATIONS DE L'EMPHYTÉOTE.

Cette matière présente plus d'originalité, parce que pour résoudre les questions qui s'y attachent nous trouvons des textes spéciaux à l'emphytéose.

Les obligations de l'emphytéote comprennent : 1° L'obligation d'acquitter les charges fiscales ; 2° L'obligation de payer le canon et de participer à la perte partielle de la chose ; 3° L'obligation d'entretenir et la responsabilité de toute détérioration non fortuite ; 4° L'obligation de recevoir l'ajonction de terres abandonnées et de les cultiver (ἐπιβολή ou ἐπιφορά) ; 5° Enfin, l'obligation de dénoncer au propriétaire toute transmission entre vifs et de payer le *laudemium*. Nous tâcherons de déterminer, en quoi consistent ces obligations, en les étudiant successivement.

I. *Obligation d'acquitter les charges fiscales.* — L'emphytéote est tenu d'acquitter les impôts et de supporter toutes les charges foncières, sans distinction aucune ; aussi bien les impôts payables en argent, comme le *tributum*, que les prestations exigibles en nature, comme l'*annone* ou consistant en corvées, travaux ou services personnels, comme les *extraordinaria* ou *sordida munera*. Cette obligation résulte nettement d'une constitution de Justinien (1). La raison en est que l'emphytéote retire du fonds tout le profit qu'il produit, il est juste qu'il en subisse aussi les charges.

Remarquons, qu'aux termes de la constitution citée l'emphytéote est tenu, non-seulement à l'égard du fisc, qui peut le

1, L. 2, C. J, *de jure emphyteutico*,

poursuivre directement comme possesseur (1); mais aussi à l'égard du propriétaire, qu'il doit garantir de toute poursuite des agents du trésor; c'est ce qu'exprime parfaitement cette phrase : *si neque pecunias solverit, neque apochas domino tributorum reddiderit.*

Les impôts, étant considérés comme des charges réelles, grevant le fonds lui-même et non les personnes (2), ceux qui étaient échus et non payés au moment de la constitution de l'emphytéose, tombaient à la charge du concessionnaire, sauf son recours contre le propriétaire ou le précédent emphytéote (3).

L'emphytéote était obligé de représenter les quittances de payement de l'impôt. En effet, le propriétaire pouvant toujours éventuellement recouvrer la jouissance du fonds, il ne fallait pas qu'il fût exposé à payer les impôts arriérés.

II. — *Obligation de payer le canon et de participer à la perte partielle du fonds.*

L'emphytéote doit payer exactement la redevance annuelle appelée : *canon*, *pensio*, *reditus*, *emphyteuma*. Cette redevance consistait soit en argent, soit en nature (4).

Son *quantum* était toujours de beaucoup inférieur au produit du fonds (5). Il était fixé une fois pour toutes et ne pouvait plus subir aucune modification à raison d'améliorations ou de déterminations fortuites : il ne pouvait être ni augmenté, ni diminué. Cette règle est contenue dans la constitution, par laquelle Zénon tranche la question des risques, en cas de perte totale ou partielle du fonds. L'empereur décide, que la perte totale reste à la charge du propriétaire, elle résout le contrat et libère l'emphytéote; tandis que la perte partielle reste à la charge de l'emphytéote,

1. L. 7, D. *de public.*
2. L. 36, D. *de jure fisci.*
3. L. 1, pr., l. 2, D, *Si ager vectig.*; l. 2, 3, C. J. *de jur. emphyt.*
4. Nov, VII, c. 3, § 1; Nov, CXX, c. 1, § 2.

lequel, n'en reste pas moins obligé d'acquitter intégralement la redevance. De la sorte, les pertes partielles se trouvent en réalité partagées entre le propriétaire et l'emphytéote, car l'un perd la propriété et l'autre la jouissance.

Cette décision de Zénon prouve bien, que l'emphytéose n'avait pas plus de rapport avec la vente qu'avec le louage; puisque, si elle avait constitué une vente, le canon qui représentait le prix d'achat, aurait dû être payé même après la perte totale de la chose ; et que, si elle avait été un louage, le canon qui représentait la *merces*, aurait dû subir une réduction proportionnelle à l'importance de la perte partielle.

Que faut-il décider, lorsque le cas fortuit porte non pas sur la substance même du fonds, mais sur les revenus, sur la récolte du fonds?

Quelques auteurs (1) ont cru pouvoir se prononcer pour la réduction du canon. Ils invoquent un fragment (2) du jurisconsulte Papinien, qui accorde réellement une réduction au preneur vectigalien, comme au fermier ordinaire ; et ils se prévalent de l'assimilation faite par Tribonien entre le *jus emphyteuticum* et le *jus in agro vectigali*, pour appliquer ce fragment au cas d'emphytéose.

Cet argument a certainement quelque valeur; mais, faut-il conclure de cette assimilation que toutes les règles qui se rapportent même incidemment à l'*ager vectigalis*, dans les fragments insérés au Digeste, doivent toujours être étendues à l'emphytéose?

Nous pensons, qu'une pareille extension est inadmissible, dans les cas où elle serait incompatible avec la nature même de l'emphytéose. Si une réduction a été accordée au concessionnaire d'un *ager vectigalis*, cela tient à ce qu'au temps de Gaïus et de Papinien, ce contrat participait de la nature et des règles de la

1. Mühlenbruck, *Doct. Pand.*, § 300, note 5. M. Garsonnet, *op. laud.*, p. 155.
2. L. 15, § 4, D. *loc. cond.*

location, dont on appliquait purement et simplement la théorie à la question qui nous occupe. Et cela était de toute justice, car le preneur vectigalien payait à peu près l'équivalent des avantages de sa jouissance, il aurait donc été lésé s'il avait dû payer la même redevance, bien que par suite d'accident le rendement n'eût pas été le même. Mais, pour ce qui est de l'emphytéose proprement dite, la situation se trouve entièrement différente. C'est un contrat ayant sa nature particuliere, ses règles propres : la redevance que l'emphytéote paye est de beaucoup inférieure à la jouissance qu'il retire du fonds ; elle est plutôt établie *in recognitionem dominii,* pour rappeler à l'emphytéote qu'il n'a qu'un *jus in re alienâ*, qu'il n'est pas propriétaire.

Si faible que fût cette redevance, il arrivait souvent qu'elle était trop forte eu égard aux produits des premières années ; mais lorsque les travaux d'amélioration étaient accomplis, une compensation s'opérait. Il y avait donc dans ce contrat quelque chose d'aléatoire ; il en résulte, qu'il était équitable que l'emphytéote ne pût demander la réduction de la redevance, même pour cause de stérilité ou pour perte de la récolte. De plus, l'emphytéote, par l'étendue de sa jouissance et par le droit de disposition qu'il avait, se rapprochait beaucoup de la situation d'un propriétaire ; il était censé avoir consenti à assumer sur lui les risques qu'il n'est pas dans l'intention d'un simple fermier de prendre à sa charge.

Enfin, la constitution de Zénon ne fait-elle pas supporter à l'emphytéote tout accident « *ex quo non ipsa læditur rei substantia* ? Peut-on admettre que Justinien, par l'assimilation faite entre le *jus emphyteuticum* et le *jus in agro vectigali*, ait voulu abroger cette constitution qui est le siège même de la matière sur la question des risques (1),

1. Vinnius *Comm.* n° 10. Molitor, *les Obligations*, t. I, p. 720 et 721. Pépin le Halleur, p. 72 seq. Wangerow, *op. laud.* t. I, p. 792. Lefort, *op. laud.* p. 85.

Quelques auteurs (1), tout en ne reconnaissant point à l'emphytéote le droit de demander une modération de la redevance, pour cause de stérilité, sont d'avis de lui en accorder une, au cas d'inondation, d'invasion d'une armée ennemie, etc., en se fondant sur ce que, dans ces hypothèses, l'emphytéote a perdu la possession naturelle de la chose. Mais, nulle part nous ne voyons, que l'obligation au canon soit liée à la possession ; de telle sorte, qu'une intermittence dans celle-ci, produise pour l'emphytéote une libération temporaire. De plus, cette décision implique que la redevance aurait été fixée *per singula jugera*, à raison de la jouissance et calculée comme le fermage, sur la quantité exacte des fruits : or, cette idée n'est pas applicable à l'emphytéose. Concluons donc, de deux choses l'une : ou bien le canon cesse à jamais d'être dû, ou bien il continue à l'être intégralement. Que la perte porte sur l'étendue ou sur la durée de la jouissance, elle n'est jamais que partielle, et par conséquent, il n'y a pas lieu à remise. C'est là une différence grave entre l'impôt et le canon, comme le remarque fort bien Cujas (2).

L'emphytéote pouvait-il délaisser le fonds et se libérer ainsi, par sa seule volonté, de l'obligation de payer le canon ?

Beaucoup d'auteurs ont considéré cette faculté comme certaine, soit parce que le canon aurait été principalement établi *in recognitionem dominii* et que le délaissement constitue la reconnaissance la plus éclatante de la propriété du maître, soit parce que le canon aurait été une simple charge foncière, due par le fonds lui-même et non personnellement par l'emphytéote.

Nous n'acceptons pas cette opinion, car l'emphytéose est un contrat qui crée des obligations bilatérales, permanentes et dont aucune des parties ne peut, par conséquent, se dégager sans le

1, Voët, *si ager vectig.*

2, T, IX, *col.* 417 au Code; et l. 4, § 1, D, *de censibus*,

consentement de l'autre. S'il en avait été autrement, les constitutions qui ne permettent pas à l'emphytéote de se libérer de ses obligations, par l'aliénation de son droit, et qui lui défendent formellement de renoncer à ses droits, en alléguant la stérilité du fonds, ne seraient qu'illusoires (1).

On a invoqué, dans le sens contraire, plusieurs textes; d'abord, une loi (2) insérée au Code, qui permet à une personne de renoncer aux droits établis en sa faveur; mais cette loi ne permet nullement de se libérer par là d'obligations corrélatives à ces droits.

On a dit, que dans le cas d'une servitude *oneris ferendi*, un fragment (3) du Digeste considère expressément l'abandon du fonds, comme un moyen de se libérer de l'obligation de *facere*. Il dit, que l'on doit tenir pour le véritable débiteur, « *non hominem,... sed rem* ». A cela nous répondrons, que l'obligation de *facere* résultait implicitement de la nature de la servitude et n'était pas stipulée comme une obligation personnelle.

La faculté de délaisser était, d'ailleurs, inconciliable avec le droit incontestable qu'avait l'emphytéote d'hypothéquer. Qui voudrait d'une hypothèque sur l'emphytéose, si le preneur pouvait par un délaissement anéantir le gage de ses créanciers?

III. *Obligation d'entretenir et responsabilité de toute détérioration.* — L'emphytéote est tenu de défricher et de cultivér soigneusement le fonds, de ne pas le dégrader et de ne pas le laisser dépérir. Il doit, par conséquent, faire les réparations et les travaux d'entretien, et même les grosses réparations ; car tous les avantages de la propriété du fonds étant pour lui, toutes les charges

1. L. 3, C. J. *de fund. patrim.*
2. L. 29, C. J. *de pactis.*
3. L. 6, § 2, D. *si servit. vindict.*

doivent lui incomber (1). Mais, si pendant le cours de la jouissance, une portion de fonds vient à être considérablement détériorée, par suite d'un cas fortuit, l'emphytéote n'est pas responsable ; car il n'est tenu que de la faute et non du cas fortuit. Le propriétaire n'est pas davantage contraint de reconstruire : il n'est obligé qu'à laisser jouir, il a abandonné le bien à l'emphytéote sans être aucunement tenu *in faciendo* (2).

L'emphytéote est responsable de toutes ses négligences, soit qu'elles aient pour résultat de dépouiller le propriétaire d'un droit, ou seulement de diminuer en fait la valeur de la propriété. Il est tenu donc de prévenir, et s'il y a lieu, d'interrompre l'usucapion ; il doit exercer les servitudes actives qui risqueraient de s'éteindre par le non-usage (3).

La sanction de l'inaccomplissement de ces devoirs était l'action en indemnité du propriétaire, et même la déchéance de la concession, si l'abus était grave ou la détérioration notable.

L'emphytéote est-il tenu d'améliorer le fonds ?

Les controverses soulevées sur cette question résultent, à notre avis, surtout des confusions et des malentendus.

L'emphytéose, avons-nous vu, est un moyen imaginé pour mettre en valeur les fonds incultes et stériles ; aussi, elle est entrée dans la pratique du droit romain, au moment où l'état de l'agriculture inspirait au gouvernement impérial les inquiétudes les plus sérieuses.

Ce qui différenciait l'emphytéose du simple bail à long terme ou perpétuel, du *jus in agro vectigali*, du *jus perpetuum salvo canone*, c'est que dans ces contrats, le concessionnaire prend le

1. L. 10, D. *de regulis juris*.

2. Nov. VII, ch. III, § 2; l. 7, § 2, *de usuf.*; l. 9, § 5; l. 18, § 2; l. 20, *de damn. inf.* Molitor, *Obligat.* t. I, p. 719.

3. L. 1, § 7; l. 15, § 7, D. *de usufr. et quemad.*

fonds pour en jouir dans son état actuel et conformément à une destination, qui reste toujours la même ; tandis que l'emphytéote prend le fonds, pour changer son état et sa destination, par exemple, en défrichant une lande, en desséchant un marais, en faisant les réparations nécessaires à un bâtiment qu'on lui a livré en mauvais état (1). Certes, le seul fait d'un défrichement, d'un désséchement, d'une réparation, constitue bien une amélioration, et en ce sens. on a pu parfaitement dire que l'emphytéote est tenu d'améliorer. Mais là s'arrêtent ses obligations. On ne peut pas accorder au propriétaire le droit de contraindre l'emphytéote à exécuter des améliorations d'un autre genre.

Cependant, l'opinion contraire compte de nombreux et d'excellents partisans (2). Ils soutiennent, que la *lex meliorationis* est le caractère essentiel de l'emphytéose, qu'elle existe, sans qu'il soit besoin d'une clause expresse dans le contrat, et que cet élément a subsisté, même quand l'emphytéose fut étendue aux fonds déjà cultivés.

Nous pensons, que cette opinion est manifestement contraire à l'intention des parties contractantes. En effet, que l'emphytéote qui reçoit une terre inculte, en friche, ou un bâtiment en ruine, soit obligé de mettre la terre en culture, de réparer le bâtiment, rien de plus juste ; car, d'une part, le propriétaire est censé avoir voulu que l'emphytéote fit les réparations, les défrichements qu'il aurait exécutés lui-même s'il en avait été capable ; d'autre part, l'emphytéote est censé les accepter ainsi et le canon est censé avoir été fixé en conséquence. Mais lorsque l'emphytéote reçoit une terre déjà mise en rapport, un bâtiment en bon état, l'obliger de faire telle ou telle construction ou plantation qui améliorerait le

1. Du Caurroy, *op. laud.* t. II, p. 210.

2. Cujas, t. IX, *col.* 416. M. Giraud, *op. laud.*, etc, p. 200 et 205, note 4. M. Garsonnet, *op. laud.* p. 154.

fonds, en augmenterait la valeur, ce serait, nous semble-t-il, aller trop loin.

L'emphytéose, étendue aux terres cultivées, conserva sans doute sa nature : elle obligea encore à la culture et à l'exploitation du sol, dont l'emphytéote put toujours changer l'état et la destination ; mais on ne peut plus dire qu'elle oblige encore à améliorer.

Le preneur est tenu seulement de continuer la culture et d'entretenir le fonds en bon état, parce qu'il est tenu de ne pas détériorer.

Le propriétaire, d'ailleurs, en faisant la concession, ne manquera presque jamais d'imposer à l'emphytéote telle amélioration qu'il jugera convenable ; mais à défaut de clause expresse, l'emphytéote est quitte dès qu'il entretient le fonds en bon état de culture ; il ne peut pas, croyons-nous, être forcé par le propriétaire à faire un ouvrage qui ne serait pas strictement nécessaire à la culture et à l'exploitation du fonds ; et nous ne voyons aucun texte qui autorise une prétention aussi exorbitante.

Il est certain aussi, que l'emphytéote était le plus souvent poussé par son propre intérêt à faire des améliorations, qui sans doute augmentaient considérablement la valeur du fonds, et qu'après les avoir faites, il ne pouvait pas les faire disparaître sans engager sa responsabilité et s'exposer à une déchéance (1). Mais l'emphytéote obéit à une impulsion sur laquelle le propriétaire a pu compter, et non pas à une obligation que ce dernier ait voulu lui imposer.

On peut ajouter enfin, que si l'obligation d'améliorer était de la nature du contrat, on ne la trouverait pas formellement stipulée dans tous les contrats emphytéotiques (2).

L'emphytéote est-il tenu comme l'usufruitier de donner caution

1. Arg. l. 7, § 12, D. *de adquir. rer. dom.*

2. Voir dans les *Papiri diplomatici* de Marini, n° CXXXII, p. 355, des modèles des contrats emphytéotiques au moyen-âge.

qu'il jouira en bon père de famille et qu'il restituera le fonds ?

Il est vrai, qu'une semblable obligation est imposée par certains textes (1), aux emphytéotes des biens du fisc et des églises ; mais, il faut voir là une disposition exceptionnelle, qu'on ne saurait étendre, par analogie, aux emphytéotes des biens des particuliers. Ce qui paraît confirmer notre opinion, c'est, qu'en cas d'aliénation, une seule condition est requise chez le nouvel acquéreur : celle d'être capable *ad solvendum canonem.*

IV. *Obligation d'adjoindre à son exploitation les terres abandonnées dans le voisinage.* — Lorsque par suite de la surélévation des impôts, et des nombreuses corvées et redevances en nature, les paysans et les colons des régions exposées aux invasions des barbares, et même les esclaves attachés à la terre, abandonnèrent les domaines ruraux pour se soustraire à ce fardeau insupportable, le gouvernement impérial se vit forcé de prendre des mesures coërcitives pour arrêter la désertion des campagnes. Un titre spécial au Code de Justinien, intitulé : « *De omni agro deserto et quando steriles fertilibus imponuntur* », nous a conservé le tableau vivant des misères du Bas-Empire, et des mesures extrêmes auxquelles on avait dû avoir recours.

Dans le cas où l'État ne pouvait s'opposer, ni en fait, ni en droit, au délaissement, et lorsqu'il ne se rencontrait personne qui consentît à prendre volontairement les biens abandonnés, en s'obligeant par contre à supporter les charges et prestations dues à l'État, on en vint à adjuger de force les *desertos et steriles agros*, aux propriétaires d'autres parcelles imposées, et à les contraindre d'acquitter les charges correspondantes. C'est là la mesure qu'on appelle communément, l'ἐπιβολὴ ou ἐπιφορὰ. Les premières traces de ce procédé se retrouvent sous le règne de Constantin (2). Son

1. L. 7, C, *de fund. patr.* Nov. CXX, ch. 6.

2. Zachariæ (de Ligenthal), *Hist. du dr. privé Greco-Romain* (trad. Lauth, 1870), p. 81. *Anecdota*, du même auteur, p. 256.

fils, Constance, prescrivit à tout possesseur de terres fertiles entourées de terres désertes, de défricher les dernières à peine de confiscation des unes et des autres (1). Valentinien, Théodose et Arcadius, déclarèrent déchue du droit de propriété toute personne qui serait restée deux ans sans cultiver (2).

L'ἐπιβολή fut réglementée à nouveau par Justinien (3) ; mais elle tomba en désuétude sous les successeurs de ce prince (4).

Cette innovation singulière atteignait tous les possesseurs des terres fertiles et, par conséquent, aussi les emphytéotes.

V. *Obligation de dénoncer au propriétaire toute transmission entre-vifs et de payer le laudemium.* Nous examinerons la portée de cette obligation, dans le chapitre suivant, à l'occasion des règles relatives à la transmission du droit emphytéotique.

1. Cod. Théod. l. 1, *de ann. et trib.* (XI, 1).
2. Cod. Justin. l. 8, *de omn. agr. des.*
3. Novelle 128, ch. VII.
4. M. Garsonnet, *op. laud.* p. 152 et 153.

CHAPITRE II

CONSTITUTION, TRANSMISSION ET EXTINCTION DE L'EMPHYTÉOSE

SECTION PREMIÈRE

CONSTITUTION DE L'EMPHYTÉOSE

L'emphytéose, instituée originairement pour l'exploitation de terres stériles ou en friche, étendue ensuite aux terres déjà cultivées, fut enfin appliquée aux fonds urbains ; c'est-à-dire, aux maisons et aux autres bâtiments (1). Jamais elle n'a eu pour objet des biens meubles ; cela n'aurait correspondu ni à l'origine historique, ni au but économique de l'institution.

L'emphytéose, de contrat public ou administratif qu'elle était à l'origine, passa dans la pratique des particuliers, à une époque qu'on ne peut pas préciser ; mais en tout cas, antérieure à Zénon. Elle devint ainsi, un contrat de droit privé accessible à toute personne. Aucune condition spéciale de capacité n'était exigée chez les parties contractantes.

La constitution du droit emphytéotique impliquant une aliénation partielle, un démembrement de la propriété du fonds, il va de soi, qu'elle n'était permise que dans les mêmes cas et sous les mêmes conditions que l'aliénation du fonds lui-même. En conséquence, toute prohibition, toute restriction opposée au droit

1. Nov. VII, c. 3, § 2, et Nov. CXX, c. 1, § 2.

d'aliéner, était applicable à l'établissement de l'emphytéose. Une constitution de Justinien nous le dit formellement (1).

Comme application de ce principe, nous citerons : La défense d'aliéner *sine decreto magistratus*, les *prædia rustica vel sub urbana* des pupilles et des mineurs ; défense que Constantin (2) a étendue à tous leurs immeubles ; elle doit être appliquée à la constitution d'une emphytéose.

Le mari ne peut pas, d'après la loi Julia *de fundo dotali*, aliéner et, par conséquent, grever d'une emphytéose les immeubles dotaux italiques, sans le consentement de la femme ; et ne le peut pas, même avec ce consentement, et même en ce qui concerne les fonds provinciaux, depuis Justinien.

Enfin, les entraves et les formalités introduites par diverses constitutions, relativement à la vente des immeubles des décurions, doivent être appliquées à l'emphytéose.

Recherchons maintenant, les divers modes de constitution de l'emphytéose.

On rencontre le contrat et le testament ; quant à la prescription, c'est un sujet très-controversé.

1° *Le contrat.* — Il a dû être le mode le plus usité. A l'époque où l'emphytéose était regardée soit comme une vente, soit comme un louage, il est certain qu'on n'a pu la considérer que comme un contrat consensuel, dispensée à ce titre de toute formalité.

Mais, après que Zénon fit de l'emphytéose un contrat particulier, *sui generis*, des difficultés purent s'élever sur la question de savoir, si cet empereur par les termes employés dans sa constiution : « *pactionibus scripturâ interveniente habitis* (3), » n'a

1. L. 7, C. J. *de reb. alien. non alienand.* Voir aussi les deux Novelles de Justinien citées *supra.*

2. L. 3, § 5 et l. 8, § 2, C. J. *de reb. eor.*

3. L. 1, C. J. *de jure emphyteut.*

pas voulu enlever à l'emphytéose sa nature de contrat consensuel.

Un grand nombre d'auteurs soutiennent l'affirmative (1). L'empereur, disent-ils, après avoir traité d'une façon générale de la nature du contrat, aborde ensuite la question de savoir ce que ce contrat peut contenir; puis, il passe à la forme et il exige en termes exprès la rédaction d'un écrit. Si une pareille formalité est exigée ici, ajoutent-ils, c'est que la perpétuité ou la très-longue durée de l'emphytéose la rend indispensable. On invoque, enfin, deux Novelles de Justinien (2).

Nous n'admettons pas cette opinion. Pourquoi Zénon aurait-il voulu ranger l'emphytéose parmi les contrats qui se forment *litteris* et modifier ainsi l'état des choses existant avant lui? L'emphytéose est devenue un contrat ayant une existence, un nom et une action exclusivement propres, en ce sens, qu'on ne doit lui appliquer ni toutes les règles de la vente, ni toutes les règles du louage; mais la régir par des principes empruntés à ces deux contrats. Elle n'est ni l'un ni l'autre, mais elle pourrait tout autant être considérée comme constituant à la fois une vente et un louage; c'est donc un contrat mixte, résultant de la fusion de la vente et du louage, elle doit, par conséquent, participer aux caractères que présentent l'un et l'autre des contrats, qui ont servi à la former.

Mais, quelle est alors la signification des expressions *scriptura interveniente* employées par Zénon? On a, sans doute, voulu dire, que les parties sont censées s'en référer aux principes du droit commun, à moins qu'il n'y ait quelques clauses écrites, qui dérogeraient à ce droit commun. En un mot, on a visé le cas où par des *pacta adjecta*, les parties voudraient modifier les règles ordi-

1. Clarus, § *emphyt.* quest. 4, Doneau, l. IX, ch. 13, n° 14, Elb. Leoninus, *de jur. emph. in rubr.* n° 12. Thibaut, *Système des Pandectes* § 779; Vuy. *op. laud.* p. 166.

2. Nov. 7, *præf. in fine*, et Nov. 130, ch. 5, *pr.* et ch. 6, § 2.

naires du contrat emphytéotique ; l'empereur se sert, en effet, des mots *pactionibus*, *placuerit*. Donc, bien que l'emphytéose soit un contrat de bonne foi, le pacte qui y aura été adjoint, devra avoir été constaté par écrit pour produire ses effets ordinaires ; c'est-à-dire, soit pour donner une action quand il a été fait *in continenti*, ou même ajouté *ex intervallo* (*circa substantia*) ; mais dans ce cas, les choses étant restées encore entières (*res adhuc integris*) (1) ; soit pour fournir une exception dans les autres cas.

Si l'on a exigé qu'on justifiât par écrit des dérogations apportées au droit commun, d'un contrat qui de sa nature est perpétuel, c'est pour éviter des difficultés de preuve que le temps eût pu rendre insurmontables.

On peut invoquer encore la constitution (2) de Justinien, d'après laquelle, si on a égaré l'*instrumentum*, renfermant des conventions spéciales en vue du cas d'aliénation du droit emphytéotique, on devra suivre les règles du droit commun, comme dans l'hypothèse où : « *nullo modo hujusmodi pactio interposita est.* » Le droit de l'emphytéote n'est pas pour cela compromis ; c'est donc que l'écrit n'est pas une condition essentielle du contrat.

Une autre constitution (3) de Justinien, en s'exprimant en ces termes : « *Si quidem aliquæ pactionis in emphyteuticariis instrumentis fuerint conscriptæ*, ne fait que confirmer cette opinion.

Quant à l'argument tiré des Novelles, il n'a aucune valeur : il y est question des biens ecclésiastiques, pour lesquels des garanties spéciales étaient nécessaires, afin que les concessions emphytéotiques ne fussent pas faites à la légère ; aussi, Justinien entoure-t-il ces concessions des certaines solennités, comme le serment et la rédaction d'un écrit, qui leur sont tout à fait spé-

1. L. 72, *pr.* D. *de contr. empt.* l. 7, § 6, D. *de pact.*
2. L. 3, C. J. *de jur. emphyt.*
3. L. 2, C. J. *eod. tit.*

ciales et qui n'ont, aux termes mêmes de la Novelle CXX, aucune application en droit commun.

Observons d'ailleurs, que l'exigence d'un écrit *ad solemnitatem*, cadre fort mal avec les principes du droit classique, et que, si la constitution de Zénon parle d'un écrit, le paragraphe 3 des Institutes n'exige rien de semblable; ce paragraphe est même placé au titre du louage, au milieu des contrats consensuels. Enfin, il est probable, que pour apporter une modification aussi radicale à la condition des emphytéotes, jusque-là traités comme des locataires, et pour créer un nouveau contrat *litteris*, le législateur se serait expliqué autrement que par une simple parenthèse (1). Concluons donc, qu'aucune formalité n'est prescrite pour la convention constitutive d'emphytéose, que l'écrit intervient *ad probationem* non *ad solemnitatem*.

On peut se demander, si le seul consentement des parties contractantes suffit à constituer l'emphytéose en tant que droit réel; ou bien, s'il n'a pour effet que de créer à leurs charges des obligations personnelles.

C'est généralement, faute d'avoir bien discerné, que le contrat pourrait être valable et engendrer l'*actio emphyteuticaria*, en tant qu'elle a pour objet les prestations personnelles, sans que le droit réel fût déjà constitué, que certains auteurs (2) ont pu soutenir que ce droit existait du moment où le contrat était parfait.

Ces auteurs disent, à l'appui de leur opinion, que la loi n'exige nulle part la tradition, pour la constitution du droit emphytéo-

1. Cujas, t. IX, col. 417; Vinnius, *Instit. imp. comm.* lib. III, tit. 25, n° 8, Voët, *ad Pand.* l. VI, t. 3, n° 3; Mühlenbrüch, *Doctrin. Pandect.* § 301, not. 2 et 3; Pépin le Halleur, *op. laud.* p. 98. Maynz. *op. laud.* t. I, p. 865.

2. Warnkœnig. *comm. jur. rom. priv.* I, ch. 3 et 4 p. 1481; Mühlenbruch. *op. laud.* II, 170, Tigerstrom, *Uber das Recht. am. ag. vect.* p. 39. Maynz, *op. laud.* t. I. p. 844 et 865.

tique, que bien au contraire, elle accorde l'*actio in rem* aux emphytéotes, dès que : « *fundum fruendo conduxerunt* (1). Ils ajoutent que, d'après Savigny, les servitudes peuvent être constituées par simple convention, et que l'emphytéose ne diffère des servitudes, que par la plus grande étendue des droits qu'elle confère.

Il nous paraît inutile de reproduire ici, la grave controverse (2), soulevée par deux paragraphes des Institutes (3), qui semblent permettre l'établissement des servitudes, « *pactionibus atque stipulationibus.* » Disons seulement, qu'en droit romain, l'acquisition d'un droit réel, comme celle de la propriété, n'est jamais résultée des pactes et stipulations. « *Traditionibus et usucapionibus non nudis pactis, dominia rerum transferuntur* », dit une loi insérée au Code (4). De même que l'acheteur n'était propriétaire qu'après avoir reçu le fonds par une tradition effective ; de même, le concessionnaire d'un droit emphytéotique n'avait acquis le *jus emphyteuticum*, qu'après avoir reçu du *dominus* la tradition ou la quasi-tradition du fonds. Le motif en est, que la nature et la vertu des contrats et des conventions, en droit romain, n'était pas de transférer la propriété et de constituer, des droit réels; mais seulement de contraindre quelqu'un, *ad dandum aut præstandum* (5).

Quant à l'argument tiré de la loi 1, § 1, D., *si ager vectigalis*, il suffit de remarquer, qu'elle n'a pas pour objet de définir à quelles conditions s'acquiert l'emphytéose; mais de déterminer la nature de l'action que peut intenter l'emphytéote.

Remarquons enfin, que si l'on admettait l'inutilité de la tradi-

1. L. 1, § 1, D. *si ager vectig.*

2. Sur les détails de cette controverse, l'on peut consulter un remarquable article de Warnkœnig, *dans la Thémis*, t. 10, p. 57 à 89. Pellat, *op. laud.* p. 62 et *seq.* M. Accarias, *op. laud.* t. I, n° 278. Maynz, *op. laud.* t. I, n° 140.

3. Les §§ 4 *de servit.* (II, 3) et 1 *de usufr.* (II, 4). Gaïus, *Comm.* II, § 31.

4. L. 20, C. J. *de pact.*

5. L. 3, D., *de oblig. et act.*

tion, on arriverait à ce résultat bizarre, signalé par Doneau, qu'un acheteur, à qui le vendeur aurait fait tradition de sa chose, repousserait l'action d'un acheteur antérieur, à qui la délivrance n'aurait pas été faite, et dans les mêmes conditions, serait évincé par un emphytéote (1).

Le *jus emphyteuticum* ne peut être constitué ni par mancipation, puisque le droit d'emphytéose n'est pas une *res mancipi*, ni par l'*in jure cessio*, qui exige l'affirmation d'un droit dérivant du *jus civile*.

Jusqu'ici, nous avons vu le droit emphytéotique constitué par voie de translation directe ; mais, on peut supposer aussi l'hypothèse où, un propriétaire aliène la propriété de son fonds par *mancipatio* ou par *in jure cessio*, sous la réserve d'un droit d'emphytéose à son profit, *per deductionem* (2). Ce procédé, usité en matière de servitudes, devait, semble-t-il, l'être aussi en matière d'emphytéose, à une époque où les misères du Bas-Empire avaient mis les propriétaires dans l'impossibilité de continuer la culture de leurs terres. En aliénant leurs biens avec rétention d'un droit d'emphytéose, ils se procuraient les ressources suffisantes pour les mettre en culture, sans être obligés de se dessaisir de la possession d'un bien auquel ils étaient attachés ; le titre de leur possession était seul changé.

II. *Testament.* — L'emphytéose s'acquiert, soit par institution d'héritier, soit par legs. Mais il est douteux que ces modes de constitution aient été très usités : c'est ce qui explique le défaut absolu des textes sur ce point. Le testateur pouvait leguer soit le

1. Doneau, *op. laud.* IX, 13, 16. Vinnius ad. § 7 *de servit.* nº 5, Du Roi, *archiv. f. civil. Praxis*, VI, 397. Glück, *Comm. des Pand.* t. IX, p. 64-70. Thibaut, *Syst. des Pand.* § 779. Molitor, *Oblig.*, t. I, p. 722. Mühlenbruch, *Doct. Pand.* § 301. Pépin le Halleur, *op. laud.* p. 99.

2. Arg. d'analogie de l'usufruit. Gaïus, *Comm.* II, § 30-33. Ulpien, *Regul* XIX, 11. Fr. Vaticana, 47-50.

droit d'emphytéose, en laissant le fonds *in hereditate*, soit le fonds lui-même, déduction faite du droit emphytéotique, réservé dans ce cas à l'héritier, soit la propriété à un légataire et le droit d'emphytéose à un autre (1). Quant aux effets de ce legs, l'ancien droit distinguait : S'il était fait *per damnationem*, le légataire du *jus emphyteuticum* se trouvait dans la même position que s'il eût consenti un contrat d'emphytéose. Il n'avait qu'une action personnelle pour obtenir de l'héritier ou du légataire de la propriété, l'exécution des dispositions du *de cujus*. En l'exerçant, il s'engageait à payer le canon que le testament devait fixer, à peine de nullité du legs, car le canon était de l'essence de l'emphytéose ; mais il suffisait sans doute qu'il lui imposât un canon *justum et æquum* (2).

Quid si le legs était fait *per vindicationem* ? On serait tenté de dire que le droit réel était immédiatement constitué, mais sous la condition suspensive de l'acceptation du légataire. — Ce serait une erreur évidente, car le *jus emphyteuticum* n'est un droit réel que *jure prætorio* ; il ne peut donc pas faire l'objet d'un legs *per vindicationem*, sauf d'ailleurs, à valoir comme legs *per damnationem* en vertu du sénatusconsulte Néronien. Mais lorsque Justinien par une constitution (3) célèbre, ramena tous les legs à une seule classe, le testament conféra immédiatement le *jus emphyteuticum*, sans que l'héritier eût à intervenir en aucune façon, si ce n'est pour abandonner à l'emphytéote la jouissance du fonds légué (4).

Quelques auteurs (5) ont pensé que le legs d'une emphytéose,

1. Arg. d'analog. de l'usufr. Instit. § 1, *de usufr.* Gaïus, II, 3 § 33. Fr. Vatic. § 47. Accarias, *op. laud.* t. I, nº 277.
2. Arg. l. 66, D. *de legat.* 1º.
3. L. 1. Code Just. *Comm. de legat.*
4. M. Accarias. *op. laud.* t. I, nº 379 et 380.
5. Doneau. *Comm. jur. civil.* IX, 13, 13. Pépin le Halleur, *op. laud.* p. 101.

à la différence du legs d'un usufruit, devrait être considéré toujours comme conditionnel, attendu qu'il exige l'acceptation du légataire, à cause de l'obligation qui lui incombe de payer le canon. Mais, on a eu tort d'en conclure, que si le légataire d'un droit emphytéotique décédait avant d'avoir manifesté son consentement à cet égard, le bénéfice du legs ne serait pas transmis à ses héritiers. Il est vrai qu'il est conditionnel ; mais la condition est ici nécessaire, inhérente à la nature même de la disposition. Le testateur qui lègue une emphytéose, ne saurait faire que cette condition n'existât point ; c'est pourquoi, d'après les principes, une telle condition ne suspend pas le *dies cedens* et n'est pas un obstacle à la transmissibilité du droit.

Dans cette hypothèse et autres semblables, on dit, qu'un retard est apporté à l'exécution de la libéralité, mais que l'existence n'en est pas suspendue (1).

III. *Prescription.* — C'est assurément une des questions les plus délicates et les plus vivement controversées, que celle de savoir, si l'emphytéose peut s'établir par la prescription.

Pour écarter toute confusion, plusieurs remarques sont à faire.

1° La prescription doit être envisagée ici comme un mode de constitution du droit emphytéotique, c'est-à-dire, comme procurant l'action *in rem* à celui qui ne peut pas établir par un titre sa qualité. Conséquemment, tant que ce contrat fut assimilé au louage, aucun doute n'était possible. La question se posa quand le bail emphytéotique devint un contrat particulier, conférant au concessionnaire un droit réel.

2° Ce n'est pas acquérir le droit d'emphytéose, que se libérer

1. L. 6, D. *quand. die. legator* : « *At si extrinsecus suspendatur legatum, non ex ipso testamento, licet ante decedat legatarius, ad heredem transmisisse legatum dicimus... ; magis enim mora quam conditio legato injecta videtur.* » M. Accarias, *op. laud.* t. I n° 382. Molitor. *Oblig.* t. I p. 722.

par prescription d'une redevance arriérée; l'emphytéote est déchargé d'une dette, il ne devient pas titulaire d'un nouveau droit (1). D'ailleurs, puisque le canon était dû, c'est que l'emphytéose existait auparavant.

3° L'acquisition du *jus emphyteuticum* ne doit pas être confondue avec l'acquisition de la propriété par un emphytéote. Cette dernière hypothèse ne peut jamais se réaliser. L'emphytéote n'a que la possession *ad interdicta* et non la possession *ad usucapionem*, qui est réservée au *dominus*. En conséquence, il ne peut pas acquérir la propriété du sol qu'il possédait *sine animo domini*.

4° Si un possesseur de bonne foi constitue une emphytéose sur le fonds qu'il est en voie d'usucaper, le preneur acquiert immédiatement un droit, qui sans doute ne sera consolidé qu'au jour où le possesseur deviendra propriétaire, mais qui existe dès le moment de la concession. Ce n'est donc pas le droit emphytéotique qui a été acquis par prescription, c'est la propriété elle-même.

5° De même, lorsque la transmission d'une emphytéose a été faite à l'occasion d'un fonds véritablement grevé, mais par une personne qui n'était pas en réalité l'ayant-cause de l'emphytéote originaire, la prescription de trente ou quarante ans aura pour effet d'éteindre l'action en revendication de l'emphytéote originaire et par suite de consolider cette transmission vicieuse.

Il y a bien loin de cet effet à l'établissement du droit emphytéotique par prescription, puisqu'on suppose que ce droit déjà avait été constitué par le véritable propriétaire (2).

Dans toutes ces hypothèses, l'on ne se trouve pas encore en présence de la véritable question.

Il y a trois hypothèses distinctes, dans lesquelles beaucoup d'au-

1. L. 7, § 6, C. *de præscript. XXX vel. XL ann.*
2. Mühlenbruch, *op. laud*, § 301, note 10.

teurs (1) pensent, que la prescription peut servir à l'établissement de l'emphytéose.

Première hypothèse. — Il se peut, que celui qui est le véritable propriétaire, croie n'avoir qu'un droit d'emphytéose sur le fonds et qu'il paie à celui qui a acquis ce fonds avec bonne foi, le canon annuel; en ce cas, dit-on, le possesseur de bonne foi acquerra le bien, et l'ancien propriétaire se trouvera n'y avoir plus qu'un droit d'emphytéose, car le possesseur de bonne foi possède *ad usucapionem* par son entremise. Outre les raisons générales que nous exposerons bientôt, il y a une raison spéciale à cette hypothèse, qui nous fait rejeter cette opinion. C'est que, comme le dit M. Molitor (2), « l'emphytéote est ici propriétaire, et par cela seul que le propriétaire se trouve dans la possession ou seulement dans la détention de son fonds, toute prescription devient impossible, car elle est interrompue par le fait de la détention même ; il n'y a pas d'emphytéose *rei propriæ*, comme il n'y a pas de louage, ni de vente *rei propriæ*; les lois (3) sont formelles à cet égard. »

Deuxième hypothèse. — Une personne se croyant emphytéote, possède le fonds et paye le canon, pendant dix ou vingt ans, entre les mains du véritable propriétaire; elle aura, dit-on, acquis désormais le titre d'emphytéote par prescription.

Troisième hypothèse. — Un non-propriétaire, qui n'est pas *in causâ usucapiendi*, concède à un tiers un droit d'emphytéose; le concessionnaire, dit-on, pourra prescrire ce droit par dix ou vingt ans, contre le propriétaire qui dans les trente ans viendrait revendiquer son droit.

Nous n'examinerons pas séparément ces différentes hypothèses;

1. Thibaut, *Systèmes des Pandectes*, § 1018. Vangerow, *Comm.* t. VIII, 472.
2. *Oblig*, t. I, p. 723.
3. L. 24, D. *de usurp. et usuc.* et l. 29, D. *de pignerat. action. vel. contr.*

la réponse que nous avons à donner pour rejeter cette théorie, étant aussi générale, que péremptoire et convaincante.

Quelque intéressante que puisse paraître dans ces trois hypothèses la situation des parties, on vient toujours se briser contre une impossibilité juridique. En effet, si les droits réels peuvent s'établir ou s'éteindre par prescription, jamais à Rome on n'a songé à admettre que la prescription pourrait créer une obligation : or, c'est ce qui devait se produire infailliblement ici, puisque le *jus emphyteuticum* suppose l'obligation de payer une redevance périodique. Il serait donc impossible de sortir de l'impasse où nous engagerait une semblable théorie.

Il y a aussi une autre raison, pour ne pas admettre la prescription comme mode d'acquisition de l'emphytéose : c'est que, la prescription étant une institution du droit positif, on ne saurait l'appliquer que dans le cas où la loi l'admet expressément. On sait, que l'usucapion appliquée à l'origine à l'acquisition des servitudes prédiales, peut-être même à certains d'entre elles seulement, fut prohibée par la loi Scribonia. « *Libertatem servitutem usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quæ servitutem constituebat, non etiam eam, quæ libertatem præstat sublata servitute* », nous dit la loi 4, § 29 au Digeste, *de usurpationibus*. Cette prohibition a été introduite parce que : « *incorporales tamen sunt et ideo usu non capiuntur* » dit le jurisconsulte Paul (1). Toutefois, le préteur faisait respecter la longue possession en matière de servitudes prédiales, à l'aide d'interdits, ou même au moyen d'actions utiles.

Mais pour ce qui est de servitudes personnelles, jamais il n'a été question d'usucapion, ni d'une protection prétorienne quelconque ; le préteur ne songea qu'aux servitudes prédiales. En

1. L. 14, D. *de servitut.*; l. 43, D. *de adq. rer. dom.* M. Blondeau, *Chrestomathie*, p. 415, note 3, ne croit pas que ce soit le véritable motif de la prohibition de l'usucapion des servitudes, mais il n'en donne pas un autre.

fut-il autrement, quand Justinien eut fondu ensemble l'*usucapio* du droit civil et la *præscriptio longi temporis* du droit prétorien ?

Quelques mots de l'empereur justifient, disent quelques auteurs (1), l'admission de la prescription comme manière d'acquérir les servitudes personnelles. C'est de la loi 12 § 4 au Code, *de præscriptione longi temporis*, que l'on veut tirer cette conséquence : « *Eodem observando et si res non soli sint, sed incorporales, quæ jure consistunt, veluti ususfructus et ceteræ servitutes.* » Mais, il a été savamment démontré par M. Zimmern (2), que ce fragment, si on ne le prend pas isolément et si on le rapproche du reste de la constitution, n'a d'autre portée que d'étendre les règles qui y sont posées, aux cas d'*extinction* de l'usufruit et d'autres servitudes par un non-usage prolongé pendant dix ou vingt ans, suivant le principe adopté par Justinien (3). Donc, le passage invoqué est susceptible d'une interprétation, qui le rend tout à fait étranger à la question d'acquisition de servitudes personnelles par la prescription (4).

La doctrine que nous combattons ne peut invoquer aucune disposition positive. Supposerait-elle qu'un texte formel était inutile ? Mais, jamais la législation romaine n'a admis la prescription comme un mode d'acquérir applicable à tous les droits réels indistinctement et de droit commun, même dans le silence de la loi.

La prescription a pris les règles de l'usucapion avec laquelle Justinien l'a confondue, son champ d'application était le même ; si l'on veut qu'il se soit étendu sous Justinien, il faut trouver des

1. Maynz, *op. laud.* t. I, § 142. M. Accarias, *op. laud.* t. I, nº 278, note 1.
2. Article dans la *Thémis*, t. IV, p, 373 *seqq.*
3. L. 13, C. *de servitut.* L. 16, C., *de usufr.*
4. Blondeau, *op. laud.* p. 476, note 1. Pépin le Halleur, p. 110.

traces de cette extension, ce qu'on n'a pu faire pour les servitudes personnelles et à plus forte raison pour l'emphytéose.

Reste l'objection tirée de cette circonstance, qu'Ulpien (1) accordait au possesseur d'un usufruit l'exercice de la Publicienne, d'où l'on conclut, qu'il pourrait devenir usufruitier par usucapion et qu'il serait impossible de refuser le même bénéfice à l'emphytéote. « L'argument n'est pas sans force, dit M. Du Caurroy (2), mais il est immédiatement renversé par Ulpien lui-même, qui, après avoir accordé la Publicienne pour l'usufruit, la donne également pour les servitudes urbaines et rurales, quoique les unes comme les autres ne puissent jamais s'acquérir par usucapion. Ainsi, l'exercice de la Publicienne, qui suppose dans la personne du demandeur, toutes les conditions requises pour usucaper, notamment la bonne foi, — n'est pas exclusivement limité dans son objet aux choses susceptibles d'usucapion. Les servitudes sont un premier exemple, et l'usufruit lui-même fournira le second, puisque Papinien, dans un texte (3) non moins formel que le précédent, déclare que l'usufruit *usucapi non potest.* »

Il y a d'ailleurs encore une autre raison, qui paraît s'opposer à ce que l'emphytéose s'établisse par prescription; c'est que ce droit n'est pas susceptible de *juris possessio*, l'emphytéote ayant la possession du fonds même (4).

1. L. 11, § 1, D. *de public. in rem act.*
2. Article dans la *Thémis*. t. VI, p. 333.
3. L. 44, § 5, D. *de usurp.*
4. Maynz, *op. laud.*. t. I, § 150. Molitor, *Oblig.* t. I, p. 724. Mühlenbruch, *Doctr. Pand.*., § 301. Warnkœnig, *Comment. jur. rom. priv.* § 343.

SECTION II

TRANSMISSION DE L'EMPHYTÉOSE

L'emphytéote, ayant un droit perpétuel ou tout au moins de longue durée, — il va sans dire qu'il avait droit de le transmettre à sa mort à ses héritiers ou légataires.

Aucun principe ne s'opposait à ce que l'emphytéote, à l'exemple du preneur vectigalien et du *perpetuarius*, transmît entre-vifs à un tiers le bénéfice de son titre. On ne comprendrait pas, en effet, que l'emphytéote des biens des particuliers n'eût pas eu cette faculté ; d'autant plus, que la concession étant de sa nature perpétuelle, c'eût été une situation bien fâcheuse pour l'emphytéote, que de se voir condamné à conserver perpétuellement, lui et ses héritiers, un bien dont ils ne pourraient plus tirer parti.

La constitution de Zénon est, il faut le reconnaître, complètement muette sur ce sujet ; mais elle passe sous silence tant des points importants qu'il n'y a aucun argument à en tirer ; on doit au contraire penser que l'empereur s'en réferait sur ce point, comme sur bien d'autres, à ce qui se passait antérieurement.

Justinien dans une constitution, qui est la troisième et la dernière du titre du Code *de jure emphyteutico*, réglemente à nouveau la faculté déjà reconnue à l'emphytéote d'aliéner son droit par actes entre-vifs.

Pour plus de clarté, nous examinerons successivement, les transmissions entre-vifs et par décès du droit emphytéotique.

§ 1. — *Transmission entre-vifs.*

Avant d'étudier les réformes de Justinien sur ce point, il con-

vient d'indiquer, quel était l'état de la doctrine au moment où elles furent introduites.

L'emphytéote était libre d'aliéner son droit, mais comme il ne pouvait, par son propre fait, se dégager des obligations dont il était tenu envers le propriétaire, il restait malgré l'aliénation responsable envers ce dernier, du paiement du canon et de l'exécution des autres charges. — Si donc, le nouvel emphytéote ne payait pas le canon, le bailleur pouvait poursuivre toujours l'emphytéote originaire ; s'il ne cultivait pas en bon père de famille, s'il causait des détériorations graves, la déchéance qu'il encourait réfléchissait contre le cédant, qui pouvait être condamné à des dommages-intérêts.

On comprend combien était lourd un pareil fardeau et combien l'emphytéote devait souhaiter d'en être déchargé. Il n'en avait d'autre moyen, que de faire agréer par le propriétaire la personne à qui il voulait transmettre son droit. Le bailleur en consentant à la cession renonçait à tout recours contre l'emphytéote originaire : une novation s'opérait alors.

Mais le propriétaire qui avait souvent concédé son bien à emphytéose en raison de la solvabilité, de l'expérience et de la probité du concessionnaire, pouvait trouver désavantageux d'accepter à sa place une personne, qui peut-être, ne présentait pas les mêmes garanties ; aussi, soit que ces motifs existassent réellement, soit qu'il agît par pur caprice ou spéculation, refusait-il fréquemment son consentement ou le mettait-il à un très-haut prix.

Ces entraves, qui ne pouvaient être que très fâcheuses pour l'Etat, à une époque où l'agriculture était en décadance, déterminèrent Justinien à les faire disparaître, par une réglementation nouvelle de la transmission entre-vifs du droit emphytéotique.

La constitution dont il est l'auteur, occupe une place trop importante dans notre étude, pour que nous puissions nous dispenser d'en rapporter les termes :

« Quum dubitatur, utrum emphyteuta debeat, cum domini
« voluntate, suas meliorationes, quæ græco vocabulo ἐμπονήματα
« dicuntur, alienare, vel jus emphyteuticum in alium transferre,
« an ejus expectare consensum, sancimus, si quidem emphyteu-
« ticum instrumentum super hoc casu aliquas pactiones habeat,
« eas observari ; sin autem nullo modo hujusmodi pactio inter-
« posita est, minime licere emphyteutæ, sine consensu domini,
« meliorationes suas aliis vendere, vel jus emphyteuticum trans-
« ferre. Sed ne, hac occasione accepta, domini minime conce-
« dant emphyteutas suos accipere pretia meliorationum, quæ
« invenerant, sed eos deludant, et, ex hoc, commodum emphy-
« teutæ depereat, disponimus, attestationem domino transmitti,
« et prædicere, quantum pretium ab alio revera accipi potest. Et
« si quidem dominus hoc dare maluerit, et tantum præstare
« quantitatem, quantam revera emphyteuta ab alio accipere
« potest, ipsum dominum omni modo hæc comparare. Sin autem
« duorum mensium spatium fuerit emensum, et dominus hoc
« facere noluerit, licentia emphyteutæ detur, ubi voluerit, et sine
« consensu domini meliorationes suas vendere, iis tamen perso-
« nis, quæ non solent in emphyteuticis contractibus vetari ad
« hujusmodi venire emptionem. Necessitate mautem habere domi-
« nus, si aliis melioratio secundum præfatum modum vendita
« sit, accipere emphyteutam, vel si jus emphyteuticum ad per-
« sonas non prohibitas, sed concessas et idoneas ad solvendum
« emphyteuticum canonem transponere emphyteuta maluerit,
« non contradicere, sed novum emphyteutam in possessionem
« suscipere, non per conductorem vel per procuratorem, sed
« ipsos dominos per se, vel per litteras suas, vel si hoc non po-
« tuerint vel noluerint, per depositionem in hac quidem civitate,
« apud clarissimum magistratum censuum : vel, præsentibus
« tabulariis, per attestationem, in provinciis autem per præsides
« vel defensores celebrandam. Et ne avaritia tenti domini mag-

« nam molem pecuniarum propter hoc efflagitent, quod usque
« ad præsens tempus perpetrari cognovimus, non amplius eis
« liceat, pro subscriptione sua vel depositione, nisi quinquage-
« simam partem pretii vel æstimationis loci, qui ad aliam perso-
« nam transfertur, accipere. Si autem novum emphyteutam vel
« emptorem meliorationis suscipere minime dominus maluerit, et,
« attestatione facta, intra duos menses hoc facere supersederit,
« licere emphyteutæ, etiam non consentientibus dominis, ad
« alios suum jus vel emponemata transferre. Sin autem aliter
« fuerit versatus, quam nostra constitutio disposuit, jure emphy-
« teutico cadat. »

Dans cette longue constitution, Justinien s'est occupé successivement de trois questions différentes :

En premier lieu, il règle minutieusement les formes que doit suivre l'emphytéote qui veut transmettre son droit en tout ou en partie.

Dans une seconde partie, il traite du droit de retrait accordé au propriétaire en cas d'aliénation du droit emphytéotique.

Dans une troisième partie enfin il institue un droit nouveau : le droit du propriétaire de percevoir à chaque aliénation une somme égale au cinquantième du prix ou de l'estimation de la chose.

Les obligations nouvelles mises à la charge de l'emphytéote avaient une sanction très grave : *la déchéance* ; preuve évidente de l'importance que Justinien attachait à ses réformes. Aussi, convient-il d'examiner successivement et soigneusement chacun de ces trois points.

1° *Formalités requises pour la validité de l'aliénation du droit emphytéotique.* — L'emphytéote qui veut aliéner son droit, doit, avant tout, dénoncer son intention au propriétaire, en lui indiquant l'acquéreur et le prix de la cession. Il doit attendre pendant deux mois, que le propriétaire lui fasse parvenir son consen-

tement et procède à l'installation du nouvel emphytéote. Si le propriétaire laisse expirer ce délai, sans se prononcer, l'emphytéote peut passer outre à l'aliénation : *ubi voluerit et sine consensu domini.*

En principe, l'emphytéote choisissait librement le concessionnaire ; toutefois sa liberté souffrait quelques restrictions indiquées par ce passage : « *si jus emphyteuticum ad personas non prohibitas, sed concessas et idoneas ad solvendum emphyteuticum canonem.* »

Que faut-il entendre par ces expressions ?

Lorsque l'emphytéose s'appliquait aux fonds du domaine impérial, municipal ou ecclésiastique, dans l'intérêt d'une bonne administration, les personnes qui en avaient la garde étaient exclues du droit de prendre ces biens en emphytéose ; tels étaient les *palatini milites,* les *curiales* et les administrateurs des biens ecclésiastiques (1).

Lorsqu'il s'agissait des biens des particuliers, de semblables restrictions à la capacité des parties n'auraient aucune raison d'être ; aussi, pensons-nous, qu'il n'y a pas à opposer l'expression *persona prohibita* à l'expression *persona concessa et idonea ad solvendum emphyteuticum canonem.* Il est beaucoup plus simple de considérer tout ceci, comme une de ses rédondances si familières à Justinien.

Mais, que faut-il entendre par *personæ idoneæ ad solvendum emphytenticum canonem?*

Quelques auteurs (2), soutiennent que la constitution a eu pour but de forcer le nouvel emphytéote des biens particuliers à fournir une caution.

Il est vrai, que lorsqu'il s'agissait des fonds du domaine impé-

1. L. *un.* C. J. *Quib. ad. conduct. præd. fisc.* Novelle CXX, c. 5, § 1.

2. Westphal, *Traité de la vente, du louage,* etc., § 1062. Gluck, *Comm. sur les Pandect.* t. VIII, p. 515.

rial, municipal ou ecclésiastique, en outre de la capacité spéciale exigée pour en devenir emphytéote, les textes (1) prescrivent formellement, que la solvabilité du preneur soit garantie par une caution ; mais, à l'égard des biens des particuliers, aucun texte n'autorise le propriétaire à l'exiger, et en l'absence d'une disposition formelle, on ne saurait classer parmi les *prohibitæ personæ*, sous prétexte d'insolvabilité, que les personnes qui seraient notoirement dénuées de ressources suffisantes pour exploiter le fonds et payer les charges emphytéotiques. Les *personæ prohibitæ* dont parle la constitution, étaient uniquement celles dont une clause formelle du contrat emphytéotique avait prononcé l'exclusion, ou celles qui étaient notoirement insolvables et qu'un usage constant repoussait : « *iis tamen personis quæ non solent in emphyteuticis contractibus vetari* », dit la constitution de Justinien (2).

Il est à remarquer, que Justinien attache une grande importance à l'intervention du propriétaire lui-même, dans l'acceptation du nouvel emphytéote : « ...., *non per conductorem vel procuratorem, sed ipsos dominos per se, vel per litteras suas, vel.... per depositionem....* ». Le motif est, que cette acceptation opère novation et entraîne, par conséquence, la libération de l'emphytéote originaire.

Tout ce que nous avons dit des formalités exigées, ne fait pas de doute lorsqu'il s'agit d'une vente ; le texte de la constitution est formel sur ce point.

Mais des controverses graves s'élèvent, lorsqu'on passe de la vente à tout contrat qui entraîne l'aliénation du droit emphytéotique.

Trois opinions se trouvent en présence :

1. L. 3 et 6, D. *de omn. agr. desert.* L. 7, D. *de fund. patr.*
2. Pépin le Halleur, p. 125 *seq.*

Dans une première opinion, on soutient que l'emphytéote n'est pas obligé de requérir le consentement du propriétaire et d'attendre deux mois, parce que celui-ci n'a pas le droit d'empêcher ces aliénations de s'accomplir, en manifestant la volonté d'exercer la faculté de préemption, comme dans le cas de vente (1).

Outre que cette proposition donne lieu à une sérieuse controverse, que nous examinerons bientôt, elle ne justifie qu'en partie ce système. En effet, fût-il démontré que dans les aliénations, qui ne donneront pas ouverture au droit de préemption, le délai de deux mois serait sans utilité pour le propriétaire, il aurait toujours intérêt à être averti de l'aliénation qui va se consommer et à l'occasion de laquelle il a d'autres droits à exercer que celui du retrait ; celui de percevoir le *laudemium*, ou de pouvoir prendre des renseignements sur la solvabilité du nouvel emphytéote.

Une seconde opinion admet la nécessité d'obtenir le consentement du propriétaire, mais dispense l'emphytéote de l'obligation d'attendre deux mois ; il suffit, dit-on, que la demande en autorisation soit faite au moment du contrat (2).

La première partie de cette opinion est pleinement justifiée, par un examen attentif de la constitution de Justinien, dans laquelle il est impossible de trouver l'indice d'une distinction, entre les différents titres d'aliénation, au point de vue de l'obligation de réquérir le consentement préalable du propriétaire. — Mais, il nous semble, que le même examen doit conduire inévitablement à rejeter la seconde partie de cette opinion. En effet, de deux choses l'une : ou l'on doit demander le consentement du propriétaire, et alors il faut donner à ce dernier un délai pour s'enquérir de la solvabilité du nouvel emphytéote pour se prononcer en connaissance de cause, ou bien il faut reconnaître que le

1. Mühlenbruch, *Doctr. Pand.* § 299, note 6.
2. Doneau, *Comm. jur. civ.* IX, 14, 16. Thibaut, *Syst. des Pand.* § 778.

consentement serait une formalité inutile, puisque le propriétaire ne pourrait le refuser. Nous ne voyons en faveur du système que nous combattons ni avantages pratiques, ni raisons de texte.

De plus, dans l'intérêt même de l'ancien emphytéote il fallait qu'un délai fût fixé, afin qu'il sût bien à quel jour précis il lui serait loisible de passer outre, sans encourir la déchéance.

Aussi, nous n'hésitons pas à donner la préférence à la troisième opinion, que l'on peut formuler ainsi :

Il n'y a aucune distinction à établir entre la vente et les autres modes d'aliénation ; et en conséquence, dans tous les cas, l'emphytéote ne peut réaliser l'aliénation, sans le consentement du propriétaire, avant l'expiration d'un délai de deux mois, depuis la dénonciation qu'il lui a faite de son projet (1).

Le consentement du propriétaire est également requis, quand l'emphytéote se propose d'aliéner seulement les améliorations qu'il a faites. Il est même remarquable, que dans la constitution de Justinien, ces ἐμπονήματα tiennent plus de place que le droit emphytéotique lui-même. L'empereur a voulu sans doute, que le propriétaire pût ainsi surveiller d'une manière plus étroite les agissements de l'emphytéote et le détourner en même temps de toute dégradation, par la crainte d'une déchéance. Il va de soi, qu'il ne faudrait pas étendre cette obligation de l'emphytéote, au cas de constitution d'un gage ou d'une servitude, puisque ces droits s'éteignent en même temps que celui de l'emphytéote.

II. *Droit de retrait accordé au propriétaire en cas d'aliénation.* — Le droit de retrait, aussi appelé, droit de préemption ou de prélation (*jus protimeseos jus prælationis*), est le droit accordé au propriétaire de se porter acheteur, pendant les deux mois qui suivent la *denonciatio* du projet d'aliénation, en payant à l'emphytéote le prix que celui-ci aurait reçu ou aurait dû raisonnablement recevoir d'un tiers.

1. Vuy, *op. laud.* p. 183 et 184 ; Pépin le Halleur, *op. laud.* p. 122 et suiv.

Il y a lieu de penser que Justinien fut l'inventeur de cette institution : nulle part, dans les textes antérieurs à sa constitution, on n'en trouve la trace.

L'opinion contraire cependant a ses partisans. Elle se fonde sur cette circonstance, que Justinien ne parle pas dans sa constitution du droit de retrait comme d'une combinaison nouvelle imaginée par lui ; il ne s'en vante pas et il n'insiste même pas avec complaisance, sur l'utilité de cette innovation.

De plus, on invoque une loi (1) au Code, qui fait allusion à une sorte de retrait entre parents, voisin du retrait lignager.

Il suffit d'observer, avec M. Pépin le Halleur (2), que cette loi n'indique pas clairement qu'il s'agisse d'une règle de droit commun, plutôt que d'une disposition de quelque statut local.

Quel est le but que l'empereur s'est proposé d'atteindre par une semblable disposition ? A-t-il voulu donner au propriétaire le moyen de déjouer les combinaisons de l'emphytéote, qui aurait pu dissimuler une partie du prix, pour diminuer d'autant le montant du cinquantième dû au propriétaire? A-t-il simplement voulu faciliter la consolidation de la propriété, en cédant ainsi à l'esprit général du droit romain, qui répugnait profondément à la décomposition de ce droit?

C'est ce que la constitution de Justinien ne nous explique en aucune façon.

La révélation de cette intention nous aurait procuré un moyen de résoudre une question célèbre, celle de savoir, si le *jus prælationis* s'exerçait exclusivement dans les cas de vente, ou s'il n'était pas un droit plus général, auquel donnait ouverture toute aliénation.

1. L. 14, C. J. *de contrah. empt.*
2. *Op. laud.* p. 127, note 1.

La première opinion, soutenue par d'excellents auteurs (1), se fonde en premier lieu, sur ce que la constitution ne parle jamais du droit de retrait qu'à propos de la vente, sans mentionner nulle part les autres modes d'aliénation. A cela, on peut répondre, que la constitution n'a fait que statuer *de eo quod plerumque fit.*

En second lieu, on invoque l'intérêt qu'a l'emphytéote à ce que l'échange, la donation s'effectue réellement, intérêt qui ne serait pas satisfait si le propriétaire peut se substituer au donataire ou au coéchangiste ; tandis qu'en matière de vente il est indifférent pour l'emphytéote, que ce soit un tiers, plutôt que le propriétaire, qui lui paie le prix, l'intention de l'emphytéote est toujours réalisée, quel que soit l'acheteur.

On doit reconnaître ce qu'il y a de fondé dans cet argument, surtout en ce qui concerne l'échange, qui est souvent consenti *contemplatione rei* ; car on conçoit fort bien que celui qui est disposé à un échange, ne soit pas disposé à consentir une vente. Mais pour ce qui est de la donation ordinaire, c'est-à-dire, faite à une autre personne que l'héritier présomptif, cette considération a bien peu de force. Qu'importe en effet au donateur de mettre la chose même, plutôt que sa valeur entre les mains du donataire ; tandis qu'il importe beaucoup au propriétaire de rentrer dans la plénitude de son droit de propriété.

Tout en reconnaissant la valeur de l'objection de nos adversaires, il nous semble impossible de faire une distinction quelconque, entre la vente d'une part, et la donation et l'échange de l'autre, en présence du texte de la constitution de Justinien, où les idées s'enchaînent d'une façon trop nette et trop claire pour permettre une division arbitraire des phrases. Que dit, en effet, ce texte : « *disposuimus attestationem domino transmitti et præ-*

1. Vinnius, *Quæstiones selectæ*, lib. II, cap. 2; Doneau, *Comm.* XIV, 16-18 ; Voët, *ad Pand.* Vuy, *op. laud.* p. 180 et 181. Molitor, *les Obligations*, p. 717.

« *dicere quantum pœtium ab alio accipi potest.* » Il ne dit pas que c'est le prix stipulé d'un acheteur que devra payer le propriétaire, mais bien que le prix qu'il eût été possible à l'emphytéote de tirer de la chose ; expressions qui s'appliquent évidemment à la donation et à l'échange, aussi bien qu'à la vente. Le même texte ajoute : « *Et si quidem dominus hoc dare maluerit,* « *et tantam præstare quantitatem, quantam ipse revera emphyteuta* AB ALIO ACCIPERE POTEST, *ipsum dominum omnimodo hæc comparare.* » Il résulte donc clairement de ce texte, que le propriétaire peut exercer son retrait en se portant acheteur, en payant le prix que l'emphytéote aurait pu raisonnablement espérer recevoir d'un tiers, et non pas en prenant à son compte les conventions qui avaient pu être arrêtées entre l'emphytéote et un autre acheteur. De plus, il ne faut pas oublier, qu'au début de la constitution, Justinien s'est posé une question générale : celle de savoir si dans tous les cas d'aliénation l'emphytéote a besoin du consentement du propriétaire ; or, n'est-il pas invraisemblable que l'empereur, après avoir posé une question aussi générale, en soit venu à faire une série de distinctions dont il est impossible de trouver la trace dans le texte ?

En admettant ainsi le droit de retrait dans toutes les aliénations, nous avons implicitement reconnu que le droit de retrait avait un double but :

Avant tout, il était un moyen ingénieux trouvé pour empêcher un concert frauduleux entre l'emphytéote et l'acquéreur. Grâce au droit de retrait, l'emphytéote se gardera bien, pour diminuer le *laudemium*, de déclarer une valeur inférieure au prix réel ; car il s'exposerait à voir le propriétaire prendre le marché à ce taux. Réciproquement, l'exercice de retrait est protégé par le droit de percevoir le *laudemium*, puisque l'emphytéote ne pourrait surfaire le prix réel, pour empêcher la préemption, sans augmenter par là le cinquantième.

En second lieu, le droit de retrait avait aussi pour but de permettre au propriétaire, de rentrer dans la plénitude de ses droits; car il est de l'intérêt public de favoriser le plus possible la consolidation des droits divisés entre plusieurs personnes.

3. *Droit du propriétaire de percevoir le cinquantième du prix ou de la valeur en cas d'aliénation.* — Nous avons vu, que le but principal de la constitution de Justinien est de permettre à l'emphytéote originaire, de rompre ses obligations envers le propriétaire et de s'exonérer de toute garantie ; contrairement au droit antérieur et à ce qui se passait dans le *jus perpetuum salvo canone* et dans l'ancien *jus in agro vectigali.*

L'emphytéote payait cet avantage très-considérable, en versant au propriétaire deux pour cent du prix ou de l'estimation du droit aliéné. On appelait *laudemium* ce versement du cinquantième, au sujet duquel il est nécessaire d'entrer dans quelques détails. Car, outre son importance pratique dans la question spéciale de l'emphytéose, le *laudemium* présente historiquement un intérêt fort remarquable : il fut l'origine des droits de quint, des lods et ventes du droit féodal, d'où sont sortis les impôts de mutation entre-vifs de l'époque actuelle.

De ce que le *laudemium* était le prix du rachat de la perception des obligations de l'emphytéote, il en résultait, qu'on ne pouvait l'exiger que si l'aliénation avait été effective. En effet, si le propriétaire exerçait le retrait, il n'y avait pas de motif au versement du cinquantième ; l'emphytéote n'était tenu d'aucune obligation de garantie, puisqu'il n'y avait pas de nouvel acquéreur. Le propriétaire ne pouvait donc se faire payer une concession que, en fait, il ne faisait pas. Ainsi, l'exercice du retrait et la perception du cinquantième ne se cumulent jamais.

L'opinion contraire est cependant soutenue par quelques auteurs. Ils invoquent les termes mêmes de la constitution : « *Disposuimus attestationem domino transmitti, et prædicere, quan-*

tum pretium ab alio revera accipi potest... » Ce passage leur paraît résoudre tous les doutes. La loi veut que le propriétaire paie à l'emphytéote, ce que ce dernier aurait reçu du tiers ; or, il est certain que, si le propriétaire avait approuvé l'aliénation, le cinquantième du prix qu'il aurait perçu, aurait diminué d'autant le prix stipulé. Il est donc exact de dire, qu'en payant à l'emphytéote ce prix ou l'estimation, déduction faite du cinquantième, le propriétaire lui aura donné « *quantum pretium ab alio reveri accipi potest.* »

A cette objection nous répondons que, lorsque Justinien dans la constitution précitée parle du retrait, il n'a pas encore traité la question de *laudemium*. Il s'en suit, que le prix auquel il fait allusion est le prix intégral, tel qu'il sera stipulé par l'emphytéote, abstraction faite de toute déduction. Cette remarque détruit complètement, à notre avis, la conséquence déduite du texte de la constitution.

Le *laudemium* pouvait être perçu par le propriétaire, non-seulement en cas de vente, mais dans toutes les aliénations : échange, donation, constitution de dot, pour ne parler à présent que des aliénations entre-vifs. En effet, dans toutes ces aliénations, l'autorisation du propriétaire est d'une égale nécessité et mérite la même rémunération.

En dehors du cas de vente, le cinquantième est perçu sur le montant de la valeur estimative de la chose ; aussi, Justinien parle-t-il du cinquantième du prix ou de l'estimation de la chose ; *pretii vel æstimationis*. Certains auteurs n'admettent pas cette opinion. Suivant eux, par *æstimatio* il faut entendre, la faculté accordée au propriétaire de provoquer une expertise de la chose, dans le cas où il soupçonnerait une collusion entre l'ancien et le nouvel emphytéote. Pour nous, nous ne trouvons dans cette double dénomination, qu'une distinction nécessitée par la nature même des choses ; l'empereur a voulu faire remarquer, que le nouveau

droit institué par sa constitution, s'appliquerait aussi bien à la donation qu'à la vente, et c'est pour cela qu'il oppose le prix à l'estimation.

On peut objecter, qu'il faut cependant venir au secours du propriétaire, qui, faute d'argent, peut se trouver dans l'impossibilité d'exercer le retrait et par conséquent d'empêcher les fraudes combinées entre l'emphytéote et l'acquéreur. Ceci est, en effet, parfaitement exact et pourra se produire quelquefois ; mais il ne faut pas perdre de vue, qu'avec cette théorie, on arriverait très fréquemment à un inconvénient beaucoup plus grave : à celui d'exposer l'emphytéote à payer au propriétaire plus du cinquantième du prix véritable. Comme le seigneur dans le droit féodal, le propriétaire n'avait qu'un droit d'option : il ne pouvait que faire son profit du marché de l'acquéreur en exerçant le retrait, ou percevoir le *laudemium*.

Tous les auteurs sont d'accord pour reconnaître que toute aliénation entre-vifs, quel qu'en soit le titre, donne lieu à la perception du cinquantième du prix ou de l'estimation. En ce qui concerne les transmissions à cause de mort, au contraire, les auteurs se divisent.

On a, en effet, cru devoir opposer la transmission à titre héréditaire, c'est-à-dire faite aux héritiers de l'emphytéote, à la transmission du droit à titre de legs.

Pour ce qui est de la transmission héréditaire, on n'a jamais douté qu'elle n'ait été laissée par Justinien en dehors des dispositions de sa constitution et qu'elle n'ait été exempte de la perception du cinquantième. L'emphytéose, en effet, concession presque toujours perpétuelle, est censée faite tant au profit du concessionnaire primitif, qu'au profit de ses héritiers. Lorsque l'héritier de l'emphytéote prend sa place, il y a plutôt continuation de la même personne à un autre ; il n'y a donc pas en réalité de mutation, donc, pas de *laudemium*.

Tout ceci ne présente aucune espèce de difficulté ; mais le doute reparaît, lorsqu'il s'agit de la transmission du droit par l'effet d'un legs.

La plupart des auteurs, croient devoir assimiler ce cas, aux aliénations entre-vifs, et décident, que le propriétaire a droit de percevoir le cinquantième de la valeur estimative du bien légué.

Cette opinion nous semble très juste et parfaitement fondée : on ne peut plus dire ici, en effet, que le propriétaire a entendu concéder le droit emphytéotique au concessionnaire primitif et à ses légataires ; ceux-ci, à la différence des héritiers, ne sont pas des continuateurs de la personnalité juridique du défunt ; il y a donc véritablement substitution d'une personne à une autre.

Si Justinien semble ne parler que de l'aliénation entre-vifs, c'est qu'il statue sur le *plerumque fit*. Tout au plus, pourrait-on objecter la faveur dont jouissaient à Rome les hérédités testamentaires ; mais elle s'était singulièrement refroidie à l'époque de Justinien.

Mais, ne pourrait-on pas faire une exception dans le cas où le concessionnaire meurt sans héritiers naturels ; car dans cette hypothèse, la transmission par l'effet d'un legs pourrait sembler, rentrer dans les prévisions du contrat ? Nous ne l'admettons pas, car il n'y en a pas moins substitution d'une personne à une autre.

On objecte encore, qu'il est impossible d'appliquer à une transmission par testament, les formalités requises pour obteuir le consentement du propriétaire ; mais cela ne prouve encore rien contre notre solution.

Il y a, en effet, une impossibilité de fait à obtenir le consentement du propriétaire, mais c'est là une impossibilité matérielle, qui n'a rien à voir avec le droit accordé au propriétaire de percevoir le cinquantième du prix.

Supposons maintenant, qu'une aliénation entre-vifs a été consentie au profit de l'héritier présomptif. Quelques auteurs ont

soutenu, qu'il n'y aurait pas lieu d'appliquer la règle de la perception du *laudemium*, ou tout au moins, qu'il y aurait lieu à restitution s'il avait été perçu par le propriétaire. Ils se fondent sur ce fait, que le contrat ne présente pas les mêmes caractères que ceux prévus par la constitution de Justinien ; pourvu toutefois, qu'au moment du décès du premier emphytéote, celui en faveur duquel il eût consenti son aliénation, soit encore son héritier légitime.

Nous ne saurions admettre une pareille opinion. Il nous semble, qu'il n'y a même pas de question, si l'on suppose qu'il s'agit d'une aliénation à titre onéreux. On ne doit voir là qu'un contrat ordinaire, intervenant entre des parties absolument étrangères l'une à l'autre ; on ne peut pas comprendre, pourquoi la qualité de l'acquéreur pourrait faire obstacle à l'exercice de la prérogative du propriétaire.

Que se passerait-il dans le cas où le jour du décès du premier emphytéote, son successeur ne serait plus son héritier ? Le propriétaire, pourrait-il percevoir le cinquantième à ce moment ? En admettant l'affirmative, le propriétaire n'en supporterait pas moins une perte, puisqu'il ne toucherait le *laudemium*, qu'au moment où il serait prouvé que le nouvel emphytéote n'est pas l'héritier du concessionnaire primitif ; or, ceci pourrait fort bien ne se produire qu'après un intervalle de temps considérable.

De plus, si l'on s'engage dans cette voie, pourquoi ne déciderait-on pas que le cinquantième perçu devrait être restitué, dans le cas où l'acquéreur, étranger à l'emphytéote au moment où il a contracté, se trouverait plus tard constitué par lui comme héritier ? C'est ce qu'il faudrait admettre pour être conséquent avec soi-même, dans le système que nous combattons, et pourtant l'on n'a jamais songé à pousser les choses à ce point.

La question ne nous paraît pas non plus susceptible d'un doute sérieux, dans l'hypothèse d'une aliénation à titre gratuit, faite

à un successible, bien qu'il y ait là un avancement d'hoirie.

On pourrait faire cette objection, qu'il n'y aurait pas eu lieu à la perception du cinquantième, si l'emphytéote, au lieu de transmettre le droit de son vivant avait laissé les choses suivre leur cours naturel, qui aurait transporté le droit emphytéotique à la même personne, quoiqu'un peu plus tard. A cela, il suffirait de répondre, qu'il n'est pas certain pour le propriétaire, que l'héritier présomptif, au moment de la donation, deviendra l'héritier de fait du donateur. Mais, on peut ajouter que, pour décider si le cinquantième doit être perçu, il faut considérer uniquement ce qui a été fait, sans se préoccuper de savoir, si l'on aurait pu obtenir le même résultat d'une autre manière. Or, il est certain que, par l'effet d'une aliénation entre-vifs, un nouveau débiteur a pris la place de l'ancien, que le propriétaire pouvait avoir intérêt à conserver jusqu'à son décès. Le propriétaire ne peut pas être forcé de subir cette novation, sans percevoir le cinquantième (1).

Une dernière question reste encore à discuter ; c'est celle de savoir, si le payement du *laudemium* incombe à l'emphytéote originaire ou à l'acquéreur.

Pour écarter toute confusion, remarquons d'abord, qu'il ne s'agit pas de rechercher sur qui devra en fin de compte retomber le fardeau de cette obligation ; cela ne saurait souffrir de difficulté. Dans la vente ce sera toujours le vendeur, l'acheteur s'arrangeant pour ne jamais dépasser un prix déterminé; dans le cas de donation, au contraire, cette charge sera subie par le donataire, car tout acte à titre gratuit doit s'interpréter restrictivement.

La question que nous avons posée ne vise donc que celle de savoir, à qui le propriétaire a le droit de s'adresser pour demander le payement du *laudemium*.

1. Comp. Pépin le Halleur, *op. laud.* p. 138-139. Vuy, *op. laud.* p. 194.

La solution de cette question, nous semble découler naturellement des principes fondamentaux de la matière; la constitution de Justinien ne s'occupe absolument que de régler les relations du propriétaire avec l'emphytéote qui se propose d'aliéner. Le *laudemium* n'est autre chose que le prix, moyennant lequel, l'emphytéote peut obtenir du propriétaire le consentement nécessaire à la novation; c'est donc lui qui est le principal intéressé au payement du cinquantième; c'est à lui par conséquent, qu'incombe évidemment cette charge.

Toutefois, comme le propriétaire n'a pas intérêt à recevoir la somme de l'aliénateur plutôt que de l'acquéreur, il devait arriver fréquemment, que le payement en fût fait par celui-ci.

L'acquéreur avait intérêt, en effet, à s'assurer du versement du *laudemium,* car, au cas de non-payement, le propriétaire eût invoqué une déchéance qui aurait réfléchi contre lui; il était donc probablement d'usage, qu'il retînt sur le prix de vente le montant du *laudemium*, afin de le verser lui-même au propriétaire.

Pour se faire délivrer le *laudemium*, le propriétaire avait une *actio ex stipulatu*, dans le cas, où il y avait eu une stipulation lors de la constitution de l'emphytéose; et dans le cas contraire, une *actio ex contractu emphyteutico*, qui lui compétait, puisque le *laudemium* était exigible en vertu de l'emphytéose elle-même.

§ 2. — *Transmission à cause de mort.*

Le droit emphytéotique se trouve, comme tous les autres droits, dans le patrimoine du preneur, et au jour du décès de ce dernier,

1. Vuy, *op. laud.* p. 192, Pépin le Halleur, *op. laud.* p. 146. *Contrâ.* Muehler, *de jure emphyt. transf.* p. 61; Gluck, *op. laud.* t. VIII, p. 478.
2. Vuy, *op. laud.* p. 195.

passe avec les autres biens, soit aux héritiers *ab intestat*, soit aux héritiers testamentaires.

Si à la mort de l'emphytéote il y avait plusieurs héritiers, le droit emphytéotique devait appartenir indivisément à chacun d'eux, et chaque héritier était obligé de payer une part du canon proportionnelle à sa part héréditaire. Mais si le canon n'était pas intégralement payé, soit par chacun pour sa part personnelle, soit par quelques-uns à défaut de tous, le propriétaire pouvait demander la déchéance contre tous. En effet, si l'obligation de payer le canon se divise de plein droit entre les héritiers, c'est sous cette condition résolutoire que, dans le cas où elle ne serait pas intégralement acquittée, on la considérera comme une obligation indivisible.

La raison en est, qu'autrement, il y aurait eu morcellement de l'emphytéose, que le propriétaire n'était pas tenu de subir. C'est pour le même motif que l'emphytéose n'était susceptible d'être comprise dans les actions *familiæ erciscundæ* et *communi dividundo*, qu'à la condition qu'il n'y aurait pas de partage en nature, c'est-à-dire, à la condition que le fonds serait attribué à un seul des copartageants ou à plusieurs d'entre eux, indivisément. Nous appliquons ici, ce que nous avons dit sur les pouvoirs du juge dans les actions divisoires au cas d'un *jus in agro vectigali*, car les raisons de décider sont les mêmes (1).

Une question délicate se présente dans le cas où pour sortir de l'indivision, l'un des héritiers s'est rendu adjudicataire du fonds tout entier. Sera-t-il astreint au payement du *laudemium* pour le tout ou pour partie ; ou bien encore ne devra-t-il rien au propriétaire ?

D'abord, il est certain que l'adjudicataire ne devra rien pour la part qui lui était échue *ab intestat*; le fait de l'adjudication ne saurait procurer un bénéfice au propriétaire.

1. L. 11, D. *famil. ercisc.*; l. 7, D. *comm. divid.*

Quelques graves auteurs (1) se sont fondés sur le texte de la Novelle CXII, chapitre I, pour soutenir qu'il ne serait pas tenu d'acquitter le *laudemium*, même sur les parts de ses cohéritiers; ils invoquent ce passage : « *Quando res litigiosæ per successionem ad hæredes parveniunt, harum rerum inter hæredes divisio non debet pro alienatione haberi.* »

Nous ne saurions admettre cette opinion, car à prendre à la lettre ce texte, tel que le font ces auteurs, il faudrait lui donner une explication générale ; et on arriverait à dire, qu'en droit romain le partage n'était pas attributif de propriété, mais bien au contraire, qu'il était déclaratif, ce qui serait manifestement inexact (2).

Quant à l'explication véritable du texte précité, elle est fort simple. Au lieu d'y voir une thèse générale, il faut tout simplement lui donner un sens restreint et le considérer comme réglant un point de droit spécial. On sait qu'une règle générale interdisait dans la législation romaine l'aliénation de droit litigieux. Les termes mêmes de la Novelle nous autorisent à penser, que le législateur a voulu écarter l'application de cette règle, en décidant, que l'attribution d'une chose litigieuse à un copartageant ne devrait pas être considérée comme une aliénation prohibée (3).

1. Gluck, *op. laud.* t. VIII, p. 491; Vuy, *op. laud.* p, 194; Voët, *ad Pand.* tit. *si ager vectig.* § 35; *in Cod.* lib. IV, tit. 66.

2. L. 6, § 8, D. *comm. divid.* « Si fundus nobis sit, sed pignori datus a me, « venit quidem in communi dividundo judicio, sed jus pignoris creditori « manebit, etiam si adjudicatus fuerit : nam et si pars socio tradita fuisset, « integrum maneret. »

3. Thibaut, *Systèm. des Pand.* § 778; Pépin le Halleur, *op. laud.* p. 141.

SECTION III.

EXTINCTION DU DROIT EMPHYTÉOTIQUE.

Il ne reste plus, pour terminer la théorie de l'emphytéose, qu'à examiner quelles sont les causes d'extinction de ce contrat. Elles sont de deux sortes : les unes générales et communes à d'autres droits du même genre, les autres tout à fait spéciales à l'emphytéose ; les textes ne traitent que de ces dernières.

§ 1. — *Causes d'extinction de droit commun.*

Dans cette première classe se trouvent :

1° *La perte totale du fonds.* — En raison de droits fort étendus accordés à l'emphytéote et du taux très-modique de la redevance, nous avons vu que Zénon avait mis toute perte partielle à la charge de l'emphytéote ; mais comme un droit ne saurait subsister sans objet, dès que la chose vient à périr en totalité, ce qui est rare pour les fonds de terre, l'emphytéose s'éteint et le preneur se trouve libéré.

2° *L'échéance du terme.*— Comme le précédent, ce cas se produira très-rarement dans la pratique. On sait, en effet, que l'emphytéose est perpétuelle de sa nature (2) ; mais comme elle ne l'est pas de son essence, cette cause d'extinction pourra fort bien se trouver stipulée dans un contrat emphytéotique, et il prendra fin alors à l'expiration du temps fixé. La tacite reconduction n'a pas lieu.

3° *La mort de l'emphytéote sans successeurs.* — On doit ici entendre par successeurs, non pas seulement ses héritiers *ab in-*

1. L. 2, C. J. *de jur. emphyt.*
2. Instit. § 3, *de locat. conduct.*

testat ou testamentaires, mais bien encore ses légataires, le fisc, etc. Il faut que le droit emphytéotique se trouve absolument dépourvu de personnes capables de le recueillir, pour que ce cas d'extinction vienne à se produire. Si, parmi les héritiers de l'emphytéote, l'un avait renoncé au profit de l'autre, et que ce dernier mourût sans héritiers, le droit ne faisait pas retour au propriétaire, au renonçant ou à ses héritiers ; d'abord, parce que la renonciation était réputée faite au profit du cohéritier et non pas au profit du *dominus*, d'après le principe que toute renonciation est de stricte interprétation ; et aussi, parce que tous les héritiers succèdent aux obligations de leur auteur, et qu'ils ne peuvent pas se soustraire à leur accomplissement, par des arrangements intervenus entre eux (1).

4° *La confusion de la qualité d'emphytéote et de celle de propriétaire.* — Elle résulte de la transmission par voie de succession ou de convention, du droit de l'emphytéote au propriétaire de la chose, ou réciproquement.

On doit remarquer, que lorsque l'emphytéose est acquise au propriétaire par confusion, les charges imposées au fonds ne s'éteindront pas. En effet, si le *dominus* est héritier, il doit les respecter comme tel ; s'il est acquéreur, donataire, acheteur, il doit les respecter comme tout tiers acquéreur aurait dû le faire. Le principe : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, ne s'applique pas ici, car à proprement parler, il n'y a plus de résolution dans le cas de confusion. Ce n'est donc, que lorsque l'emphytéose est éteinte, soit par l'arrivée du terme, soit par l'accomplissement de la condition, que le principe s'applique et que les charges imposées par l'emphytéote disparaissent.

5° *La condition résolutoire.* — On peut en effet, fort bien comprendre, que le droit soit du constituant, soit du concession-

1. Molitor, *les Oblig.* p. 725 ; Mühlenbruch, *op. laud.* § 301, note 13.

naire, soit subordonné à l'effet d'une condition résolutoire ; dans ce cas, l'accomplissement de la condition opère *ipso jure* la résolution du droit emphytéotique, l'emphytéose est censée n'avoir jamais existé.

6° *La prescription.* — Elle peut amener dans différentes hypothèses, l'extinction de l'emphytéose. Supposons d'abord, que l'emphytéote serait resté pendant trente ans sans faire valoir aucun de ses droits, le propriétaire aura acquis la libération de son fonds, l'emphytéote aura perdu tous ses droits, son action réelle, comme son action personnelle ; car, toute action est éteinte par la prescription de trente ans (1).

De même, si un tiers de bonne foi a possédé l'immeuble en qualité de plein propriétaire, il l'acquerrera libre de la charge emphytéotique au bout de trente ans, et même après un délai de dix ans ou vingt ans, s'il a juste titre et bonne foi.

Quid, si l'emphytéote a possédé le fonds pendant dix, vingt ou même trente, sans que le propriétaire eût fait valoir aucun de ses droits ? Il est d'abord certain et évident que l'emphytéote ne saurait, *comme tel* acquérir le fonds, ni par la prescription ordinaire, car il n'a ni titre, ni bonne foi, ni possession *cum animo domini* ; ni par la prescription extraordinaire, car elle requiert la bonne foi et l'*animus domini*. La loi 15 § 27, D., lib. XXXIX, tit. 2, dont on a voulu se prévaloir à l'appui de l'opinion contraire, n'a pas de rapport avec la question qui nous occupe ; elle ne traite pas de la prescription qui serait invoquée par l'emphytéote ; mais de la prescription d'un *prædium vectigale*, dans la possession duquel on aurait été envoyé *ex secundo decreto prætoris*, par le motif que le municipe qui possédait ce *prædium*, n'avait pas donné la caution *damni infecti*.

La prescription de trente ans aura pour seul effet, de faire

1. L. 3, C. *de præscript. XXX vel XL ann.*

perdre au propriétaire le droit d'exiger les canons, qui étaient échus depuis plus de trente ans et qui auraient dû être poursuivis par l'*actio emphyteuticaria*; mais il restera créancier des termes échus depuis moins de trente ans, la prescription ne courant, pour les prestations périodiques, qu'à partir de chaque échéance (1). Le propriétaire conservera, de même, son action en revendication, qu'il pourra intenter dès l'instant où l'emphytéote lui contestera la possession, ou que par un fait quelconque, il intervertira son titre et montrera par ce fait, et non par la seule intention, qu'il entend posséder pour lui.

Mais, si à partir de l'interversion du titre de possession, se sont écoulés plus de trente ans, sans que le *dominus* ait intenté son action en revendication ; alors cette action se trouvera prescrite, et l'emphytéote arrivera à la pleine propriété du fonds emphytéotique ; dès lors, l'emphytéose sera éteinte plutôt par suite de la confusion qui se sera opérée, que par l'effet de la prescription (2).

7° *Le consentement mutuel des parties, suivi de la tradition.* — Le seul consentement des parties, impuissant suivant nous, à constituer l'emphytéose comme droit réel, est impuissant aussi pour l'éteindre.

En effet, le mutuel consentement des parties peut bien empêcher l'exécution d'une obligation contractée ; donc, est suffisant pour empêcher la création du droit emphytéotique que le propriétaire a pu s'engager à établir au profit du preneur ; mais, une fois l'emphytéote en possession du fonds, le consentement des deux parties détruira-t-il l'effet de la tradition? Évidemment non ; il produira uniquement des obligations, pour l'emphytéote de rétrocéder son droit au maître, pour celui-ci, de tenir le preneur

1. L. 7, § 6, C. *de præscript. XXX vel XL ann.*
2. Molitor, *les Obligat.* p. 726-727.

quitte de toutes charges ; mais on respectera les effets déjà produits dans le passé. Et comment s'exécuteront ces obligations ? Comme s'effectueraient celles nées d'un contrat de vente, par une tradition effectuée, en sens inverse de la première ; c'est-à-dire, par la remise en possession du propriétaire, lequel payera cette acquisition, par la libération qu'il accordera à l'emphytéote. Le mutuel consentement est donc nécessaire pour résoudre le *jus emphyteuticum*, mais ce n'est pas lui qui opère la solution. Telle est la théorie, qu'on ne trouve écrite nulle part, mais qui résulte des principes du droit romain.

Telles sont les différentes manières dont l'emphytéose prend fin ; toutefois, quelques auteurs (1), professent l'opinion que l'emphytéose s'éteint aussi par la renonciation que l'emphytéote peut faire de son droit ; de même que l'usufruit s'éteint par la *derelictio* de la part de l'usufruitier.

Nous rejetons cette opinion. Elle est, d'abord, manifestement contraire à un principe général : qu'on ne peut pas se libérer de l'obligation résultant d'un contrat, en renonçant aux droits qu'il confère ; et l'emphytéose est un contrat qui crée des obligations bilatérales, permanentes, dont aucune des parties ne peut par conséquent se dégager, sans le consentement de l'autre. Les textes ne lui sont pas plus favorables ; elle est formellement condamnée par un texte (2), qui prohibe à l'emphytéote de renoncer à l'emphytéose sous prétexte de stérilité du fonds. On a objecté, que ce texte contient une exception, plutôt que la règle. Mais on peut répondre avec raison, que ce texte ne fait autre chose, qu'appliquer au cas spécifié, la doctrine confirmée plus tard par la constitution de Zénon : que les chances de détérioration sont à la

1. Mühlenbruch, *Pand.* § 301, not. 14; Gluck, *comm.* t. VIII, p. 530; Voët. *Pand.* tit. *si ager. vectig.* § 17.

2. 3, C. *de fund. patrim.*

charge de l'emphytéote. Si l'emphytéote avait pu au moyen d'une renonciation se libérer de ses obligations, alors la disposition de cette constitution n'aurait été qu'illusoire.

Les défenseurs de la doctrine que nous combattons, tirent un argument d'un autre texte (1), qui dit : « ..... *omnes licentiam habere his, quæ pro se introducta sunt* (*in pactis*), *renunciare.* » Nous comprendrions bien, qu'on pût en induire la possibilité pour l'emphytéote d'abandonner son droit, si l'emphytéose était constituée uniquement dans son intérêt, à l'exemple d'une servitude; mais il n'en est rien. Le droit emphytéotique est constitué au profit des deux parties ; outre le canon, que, malgré la *derelictio*, il continuerait à payer, l'emphytéote a d'autres obligations, comme celle de cultiver, qu'il ne peut accomplir qu'autant qu'il demeure en possession du fonds ; il ne peut donc pas, sans le consentement du maître, l'abandonner (2).

Le propriétaire du fonds emphytéotique, de son côté, ne peut pas renoncer au canon et réclamer son fonds pour en jouir lui-même, prouvât-il qu'il en a un besoin urgent ; le locataire, il est vrai, a à craindre cette éventualité (2) ; mais il répugne à la nature de l'emphytéose que le concessionnaire, qui a un droit réel de jouissance, puisse être privé d'un fonds sur lequel il a fait des améliorations en vue de l'avenir.

§ 2. — *Causes d'extinction spéciales à l'emphytéose.*

L'extinction de l'emphytéose résultait de la déchéance prononcée contre l'emphytéote, pour inexécution de ses obligations. Celles-ci, peuvent être ramenées à trois principales : 1° entretien du fonds ; 2° paiement du canon et des impôts; 3° accomplisse-

1. L. 29, C. *de pactis.*
2. Comp. Pépin le Halleur, *op. laud.* p. 95-96; Molitor, *les Oblig.* p. 728.
3. L. 3, C. *locat. conduct.*

ment de certaines obligations en cas de transmission du droit emphytéotique ; nous savons donc, par là même, quelles sont les causes de déchéance.

1° *Déchéance pour causes de détérioration.* — L'emphytéote pouvait être expulsé sur la demande du propriétaire, s'il dégradait le fonds, s'il le détériorait par abus de jouissance ; par exemple, en l'épuisant, en faisant des coupes de bois insolites, ou même simplement, s'il le laissait se déprécier par simple négligence, par défaut de culture et d'entretien.

Cette déchéance, résulte soit des règles de l'usufruit, applicables en cela à l'emphytéose, soit des textes (1) formels, quoique ces textes soient spéciaux pour les biens ecclésiastiques ; rien, en effet, dans les termes de la Novelle, n'autorise à penser que cette déchéance était présentée comme une dérogation au droit commun (2).

D'ailleurs, cette question n'a pu souffrir aucun doute, aussi longtemps que le contrat d'emphytéose a été traité comme un louage (3), et elle n'a pas dû recevoir une solution nouvelle, quand ce contrat acquit un caractère spécial. Cette cause de déchéance admise, on a longuement discuté sur la question de savoir, ce qu'il faudrait décider au cas où un emphytéote, d'une part aurait amélioré le fonds, tandis que d'autre part, il lui aurait fait subir de notables détériorations.

Certains auteurs allemands (4), ont soutenu que l'emphytéote aurait dû être privé seulement de la partie du fonds par lui détériorée ; mais cette opinion se trouve contredite par les termes de la Novelle ci-dessous citée : « *Et antiquum statum locatæ vel*

1. Novelle, *CXX*, ch. 8 ; Authentique, *qui rem.* Code, *de SS. Eccles.* (I, 2).

2. *Contrà*, Gluck, *op. laud.* VIII, 413, Muelher, *Diss. de jur. emphyt. transfer.* p. 36.

3. L. 3, C. *de locat.*

4. Hellfeld, Carpzov, cités par Pépin le Halleur, *op. laud.* p. 82.

emphyteuticæ rei exigere, et ejicere de emphyteusi sive de locatione, non valentem de emponematis actionem aliquam contra venerabiles domos movere.... ».

Dans une autre opinion,on a cru devoir s'en tenir purement et simplement au texte de la Novelle 130 de Justinien et considérer, par conséquent, dans cette hypothèse, le droit de l'emphytéote comme entièrement détruit.

Dans un dernier système enfin, développé par Thibault (1), il n'y aura pas lieu à déchéance, tant que la somme des détériorations ne dépassera pas la valeur des améliorations, car il s'opérait une sorte de compensation entre la perte et l'avantage. Cette opinion nous paraît parfaitement raisonnable. En effet, qu'est-ce que détériorer un fonds ? C'est diminuer sa valeur ; or, ceci ne saurait se produire tant que les améliorations faites prévenaient la diminution de la valeur totale, qui aurait pu résulter, sans cette circonstance, des dégradations commises (2),

2° *Déchéance pour défaut de payement du canon et des impôts.* — Cette cause de déchéance, fait l'objet d'une constitution spéciale de Justinien qui est la seconde du titre de *jure emphyteutico*, au Code, et dont il importe de rapporter textuellement les termes :

« In emphyteuticariis contractibus sancimus, si quidem ali-
« quæ pactiones in emphyteuticis instrumentis fuerint conscriptæ,
« easdem et in omnibus aliis capitulis observari, et de rejectione
« ejus, qui emphyteusin suscepit, si solitam pensionem vel pu-
« blicarum functionum apochas non præstiterit. Sin autem nihil
« super hoc capitulo fuerit pactum, sed per totum triennium ne-
« que pecunias solverit, neque apochas domino tributorum red-
« diderit, volenti ei licere eum a prædiis emphyteuticariis repel-

2. Essais, t. II, 270. *Dissertation*, XV, § 2, *Syst. des Pand.* 780. Groscurd, *Comm. de jur. emphyt.*, 52.

3. Comp. Pépin le Halleur, *op. laud*, p. 81-83. Lefort, *op. laud.* p. 87.

« lere, nulla ei in posterum obligatione nomine meliorationis, vel « eorum quœ emponemata dicuntur, vel pæna opponenda, sed « omni modo eo, si dominus voluerit, repellendo, neque prætendente, quod non est super hac causa inquietatus, quum neminem oporteat conventionem vel admonitionem expectare, sed « ultro sese offerre et debitum spontanea volontate persolvere, « secundum quod et anteriore lege nostri meminis generaliter « cautum est. Ne autem ex hac causa dominis facultas oriatur « emphyteutas suos repellere, et reditum minime velle suscipere, « ut ex hujusmodi machinatione, triennio elapso, suo jure is, qui « emphyteusin suscepit, cadat, licentiam ei concedimus, attestatione præmissa, pecunias offerre, hisque obsignatis et secundum legem depositis, minime dejectionis timere periculum. »

La liberté conventionnelle n'est nullement entravée, ni restreinte par cette constitution ; les parties peuvent réglementer cette cause de déchéance comme elles le jugent à propos. Elles peuvent fixer à leur gré le délai au bout duquel le défaut de paiement entraînera la déchéance, elles peuvent aussi remplacer cette cause de déchéance par telle autre peine, et même la supprimer complètement ,pour laisser seulement au propriétaire le droit de réclamer les termes arriérés.

A défaut donc de convention expresse, la constitution s'y applique ; l'emphytéote encourt déchéance, s'il néglige durant trois ans, d'acquitter l'une de ces deux charges : le canon ou les impôts, ou s'il ne les acquitte que partiellement. Il est impossible d'admettre l'opinion professée par Vinnius (1), qui argumentant de cette phase de Justinien : « *si neque pecunia solverit, neque apochas domino tributorum reddiderit...* », veut qu'il n'y ait déchéance, que si l'emphytéote n'eût rien payé ni sur le canon,

1. *Selectæ quæstiones*, II, 3.

ni sur les impôts. D'abord, nous faisons observer avec Doneau (1), qu'au commencement, la constitution emploie la disjonctive *vel* : « *Si solitam pensionem vel publicarum functionum apochas non præstiterit.* »

Au surplus, il y a mieux qu'un argument de texte à invoquer. Ce sont deux obligations distinctes, et l'inaccomplissement de l'une suffit bien pour entraîner déchéance, ce qui fait tomber encore l'argument de texte, que l'on a tiré contre notre opinion.

Enfin, n'est-ce pas un principe général, qu'une obligation qui n'est pas intégralement exécutée, ne produit pas plus d'effet, pour la libération du débiteur, que si l'exécution n'en avait même pas été entreprise? Une prestation partielle laisse l'emphytéote tenu d'une obiigation qu'il ne remplit pas, donc, susceptible d'encourir déchéance (2).

Il y aura lieu à déchéance pour la totalité du droit, puisqu'il est indivisible, si par exemple, l'emphytéose ayant été attribuée indivisément à plusieurs cohéritiers ou étant restée commune à tous, l'un d'eux a, pendant trois ans, négligé de payer sa part de canon.

Le délai de trois ans est introduit par Justinien ; avant lui, lorsque la nature de l'emphytéose était encore discutée, la question était probablement résolue comme pour le louage ; on décidait donc, que l'emphytéose se trouvait résolue au bout de deux ans ; après Zénon, ou bien le délai de deux ans fut maintenu, ou bien il fut laissé à l'appréciation du juge ; toujours est-il, que Justinien le fixe uniformément à trois ans pour les emphytéotes ordinaires.

La question de savoir, à partir de quel moment se produit la

1. *Comm. jur. civ.* lib. IX, c. XV, nº 7.

2. Thibaut, Pand. § 661. Pépin le Halleur. *op. laud.* p. 85. Lefort. *op. et loc. laud.*

déchéance du droit emphytéotique, donne lieu à des controverses.

Au dire des uns, le contrat emphythéotique disparaît de plein droit, comme par l'effet de l'accomplissement d'une condition résolutoire, le jour même où les trois ans s'accomplissent, sans que l'obligation de payer le canon et l'impôt soit exécutée régulièrement.

D'autres, pour que le contrat soit résolu, il faut, disent-ils, qu'il intervienne sur ce sujet une sentence du juge, qui la prononce.

Nous ne saurions admettre aucune de ses deux opinions; nous préférons une autre opinion intermédiaire. La déchéance n'avait pas lieu de plein droit, en ce sens, qu'elle produisait son effet malgré la volonté du propriétaire; elle restait à la discrétion de ce dernier, comme l'exprime formellement ces mots : « *volenti ei* (*domino*) *licet repellere* », et plus loin, « *si dominus voluerit...* » (1). Il eût été trop commode pour l'emphytéote de pouvoir, en suspendant pendant trois ans le paiement, se dégager de toute obligation et rompre le contrat emphytéotique; lui, qui ne peut pas se libérer par l'abandon du fonds, ne doit pas pouvoir arriver au même résultat par la violation de ses engagements. Les mots : « *suo jure cadat* », employés par la constitution, ne signifient pas autre chose, l'emphytéote doit être déchu de son droit.

Si l'on tient absolument à trouver là une déchéance, ayant lieu de plein droit, il faut l'entendre en ce sens, que le maître n'avait pas besoin, avant de demander l'expulsion, d'interpeller l'emphytéote et de lui faire sommation de payer l'arriéré; et que celui-ci ne pouvait prévenir son expulsion par l'offre tardive du montant de sa dette, de dommages-intérêts et même d'une clause pénale expressément stipulée pour ce cas : « *cum neminem*

1. L. 2, C. *de jur. emph.*

oporteat conventionem vel admonitionem expectare, sed ultro sese offerre, et debitum spontanea voluntate persolvere..... ». L'emphytéote ne pourrait pas davantage se prévaloir des dépenses et travaux par lui faits pour l'amélioration du fonds, car il n'en est pas moins en faute.

Le propriétaire, qui avant de provoquer la déchéance, aurait exercé des poursuites et par ce moyen obtenu le paiement de l'arriéré, pourrait-il encore demander l'expulsion de l'emphytéote?

Vinnius (2) pense la négative; il compare ce droit à la *lex commissoria* insérée dans un contrat de vente et il objecte : qu'on ne peut pas demander à la fois « *pœnam et rem.* »

Mais les deux hypothèses sont bien différentes ; il serait, certes, souverainement injuste d'attribuer au vendeur le droit d'exiger tout à la fois, la restitution de la chose vendue et le paiement du prix, car la *pœna* a été stipulée pour tenir lieu de la *res*. Mais dans notre hypothèse, il faut entendre par la *res*, l'arriéré dont le propriétaire a poursuivi le payement et par *pœna* la déchéance qui a pour but de punir le simple retard et qui ne saurait tenir lieu du canon; l'emphytéote a manqué à son obligation en ne payant pas à l'échéance, il ne doit pas être, par un paiement tardif, relevé d'une peine dont la cause subsiste. On peut d'ailleurs, invoquer par analogie la disposition formelle d'un texte (3), qui prévoyant le cas où l'emphytéote de biens ecclésiastiques néglige de payer la redevance, permet : « *et quæ debentur... exigere et ejicere de emphyteusi.* »

Nous observons, que tout autre serait notre décision, si le propriétaire a reçu avec les annuités échues, un ou plusieurs termes à échoir, ou s'il a exigé des garanties pour l'avenir, ou s'il a tardé plus que de raison à agir ; car alors, il peut être présumé

1. *Ibidem* Comp. Pépin le Halleur, *op. laud.* p. 91.
2. *Selectæ quæstiones,* II, 3.
3. Novelle CXXVIII, c. 8.

avoir fait tacitement remise de la déchéance encourue par l'emphytéote.

Même question et même solution se présentent, pour le cas inverse, où le propriétaire après avoir demandé et obtenu l'expulsion de l'emphytéote, voudrait poursuivre l'emphytéote pour les termes arriérés du canon ; l'emphytéote déchu n'en reste pas moins débiteur des termes arriérés ; et cela est très juste, car ils sont le prix de la jouissance qu'il a consacrée, nonobstant le défaut de paiement. La faculté de demander la déchéance serait lettre morte pour le propriétaire, s'il devait pour en user, abandonner les termes échus du canon ; et l'emphytéote aurait tout intérêt à ne pas payer aux époques régulières, puisque, si son retard le fait expulser, il ne paiera rien. Le propriétaire pouvait donc intenter cumulativement : l'action en expulsion, et pour obtenir les termes échus, l'action du contrat, qui prenait alors le nom d'*actio privatoria* (1).

Si une clause pénale a été stipulée contre l'emphytéote, pour le cas de non-paiement du canon et des impôts, le propriétaire qui aura touché le montant de la clause pénale, n'aura-t-il pas perdu le droit de poursuivre l'expulsion de l'emphytéote?

Nous remarquons d'abord, que la question ne se pose même pas, pour le cas où l'emphytéote, dans l'intention d'empêcher la déchéance, fait des offres pour verser le montant de la clause pénale ; car le propriétaire reste libre de refuser ces offres et de poursuivre l'expulsion de l'emphytéote : *licere eum... repellere, nulla ei.... pœna opponenda*, » dit la constitution de Justinien (2).

La question se pose, seulement, lorsque le paiement de la clause pénale a été effectuée par l'emphytéote et accepté sans aucune réserve par le propriétaire.

1. Doneau, *Comm. jur civ.* l. IX, c. XV, n° 13. Molitor, *les Oblig.* p. 726.
2. L. 2, C. J. *de jur. emph.*

On a beaucoup discuté (1) cette question et fort inutilement, nous semble-t-il. La *pœna* établie par la loi pour le non-payement, c'est l'expulsion ; voilà la règle. Si les parties stipulent autre chose, c'est une dérogation au droit commun, qui doit être rédigée par écrit. Il restera à rechercher quelle a été l'intention des contractants. Si les parties ont stipulé une peine, qui pourra être exigée même en cas d'expulsion, le propriétaire pourra demander l'une et l'autre ; si la *pœna* a été stipulée pour le cas où le propriétaire renoncerait à provoquer la déchéance, il ne pourra demander que l'une des deux peines, et s'il reçoit le montant de la clause pénale, il perd son droit à demander l'expulsion. Dans le doute, on supposera que la *pœna* conventionnelle est destinée à réparer tout le préjudice causé au propriétaire, donc, qu'il ne pourra la réclamer qu'à défaut d'expulsion.

Si le propriétaire refuse de recevoir le canon, la constitution de Justinien décide, que l'emphytéote peut faire des offres réelles et effectuer le dépôt de la somme représentative; autrement, le maître eut pû trouver sous cette cause de déchéance, le moyen de résilier le bail emphytéotique et de spolier l'emphytéote de ses droits. Justinien prit soin de déterminer le magistrat compétent pour recevoir cette consignation, dans une constitution insérée au Code (4).

3° *Déchéance pour cause d'irrégularité dans la transmission du droit emphytéotique.* — Nous avons vu, lorsque nous avons examiné la troisième constitution de Justinien, du titre de *jure emphyteutico*, au Code, que les dispositions relatives à la transmission du droit emphytéotique sont sanctionnées par l'empereur avec la dernière rigueur, sous peine de déchéance. Donc, soit

1. *Sic*, Doneau, IX, 25, n° 14. *Contrà*, Vinnius, *op. et loc. supra laud.*
2. Comp. Molitor, *les oblig.* p. 726.
3. L. 2, C. *de jur. emph.*
4. L. 32, C. *de episc. audient.*

que le cédant n'eût pas fait la *denunciatio* au propriétaire, soit qu'il n'eût pas attendu deux mois, ou que le *laudemium* n'eût pas été payé, la peine était la même : « *suo jure cadat* », nous dit Justinien. Ces diverses causes de déchéance, introduites en faveur du propriétaire, ne pouvaient être invoquées que par lui, s'il préférait ne pas agir, l'emphytéote ne pouvait pas se prévaloir de sa faute pour faire tomber le contrat emphytéotique.

Une remarque générale nous reste à faire : C'est que le propriétaire ne peut employer la force, pour expulser l'emphytéote passible de déchéance pour une cause quelconque, qu'après avoir fait légalement prononcer cette déchéance ou avoir obtenu l'acquiescement de l'emphytéote à la demande par lui formée à cet effet. Jusque-là, l'emphytéote, en même temps qu'il reste soumis à toutes ses obligations, conserve aussi tous ses droits ; ainsi, il pourrait encore intenter l'action réelle contre les tiers et aurait même à sa disposition l'interdit *unde vi*, contre les violences du propriétaire qui chercherait à se rendre justice à lui-même.

Remarquons enfin, que l'emphytéote déchu ne peut jamais ni détruire les constructions et améliorations par lui faites, ni réclamer une indemnité pour la plus-value du fonds : il a contrevenu a la loi du contrat, il doit subir les conséquences de sa faute.

Nous avons terminé avec la théorie de l'emphytéose de droit commun ou proprement dite ; il ne nous reste plus qu'à dire quelques mots des emphytéoses exceptionnelles.

CHAPITRE III

EMPHYTÉOSES EXCEPTIONNELLES

L'emphytéose, avant d'être mise en usage pour les biens des particuliers, était un contrat de droit public ou administratif, pratiqué surtout, pour l'exploitation des biens du domaine impérial et des biens ecclésiastiques : elle était alors régie par quelques règles exceptionnelles.

§ 1. — *Emphytéose des biens du domaine impérial.*

Les biens du domaine impérial, ayant été les premiers concédés en emphytéose, leur régime fut celui de droit commun, jusqu'au jour où se produisit l'extension de l'emphytéose aux biens des particuliers. Même après cette époque, certaines particularités que nous pouvons rencontrer, tiennent plutôt à la qualité de fonds impériaux qu'à celle de biens emphytéosés.

Sur cette emphytéose des biens du domaine impérial, nous serons bref, non-seulement parce que les caractères particuliers sont peu nombreux, mais surtout, parce que l'on appliquait presque toutes les constitutions que nous avons citées dans l'exposition historique des antécédents de l'emphytéose, relativement au *jus perpetuum salvo canone* ; ces textes se retrouvent en effet dans le Code de Justinien, à l'état de lois en vigueur.

Nous dirons que l'emphytéote d'un bien impérial était tenu de supporter les charges fiscales ordinaires et usuelles (*munera ca-*

nonica et consueta), mais qu'ils étaient exempts des charges extraordinaires ; sauf toutefois, la réparation des chemins, des ponts et autres, à l'entretien desquels devaient naturellement contribuer tous ceux qui en profitaient.

Le soin de surveiller le recouvrement du canon au trésor du prince, était confié aux *judices*. Avant l'empereur Anastase, les biens des empereurs étaient imprescriptibles. Par une constitution de l'an 491, cet empereur déclara ces biens prescriptibles par quarante ans; l'emphytéose, d'imprescripble qu'elle était, était devenue par conséquent susceptible d'être éteinte par cette prescription (1).

Ce qu'il y a de tout-à-fait particulier aux biens du domaine impérial donnés en emphytéose, c'est d'abord, l'obligation de fournir caution (2); et ensuite, l'exclusion de certains fonctionnaires comme les *palatini*, les *curiales*, etc., qui auraient pu profiter de leur situation pour se faire des conditions avantageuses, au détriment du fisc (3). On les avait mis, pour cette raison, au nombre des *personæ prohibitæ*, ne pouvant acquérir ni directement, ni par personnes interposées, un droit emphytéotique sur les fonds impériaux.

Parmi les obligations qui pesaient sur les emphytéotes des biens du domaine impérial, il faut mentionner d'une manière particulière, le droit que s'était arrogé l'administration impériale de leur imposer des concessions de terres en friche et d'augmenter ainsi la redevance. Cette obligation, dont nous avons déjà parlé, pesait lourdement sur les détenteurs ; trop souvent, et en dépit de toutes les mesures coërcitives, elle amena parmi les cultivateurs des désertions désastreuses.

Comme l'emphytéote des biens des particuliers, celui des biens

1. L. 4, C. *de præscr. XXX vel XL ann.*
2. L. l. 3 et 6, C. *de omn. agr. des.*, et surtout, l. 7, C. *de fund. patr.*
3. L. un. C. *quib. ad cond. præd. fisc.*

du domaine impérial a un droit de jouissance perpétuel (1) et lui confère les mêmes avantages. Aux termes d'une constitution de Constantin (2), il peut aliéner son droit sans le consentement du juge, sauf à demeurer responsable du paiement du canon. L'autorisation du juge était nécessaire pour opérer la novation et libérer de ses obligations l'emphytéote aliénateur. Cette constitution prévoit, il est vrai, spécialement le cas de donation ; mais elle peut être, sans difficulté, étendue à toute espèce d'aliénation, car elle ne fournit aucun argument *a contrario*, et elle ne fait qu'appliquer les principes du droit commun (3).

La constitution de Zénon s'applique exclusivement à l'emphytéose des biens des particuliers et laisse entièrement de côté l'emphytéose des biens du domaine impérial.

Sous Justinien, on doit sans doute appliquer à l'aliénation de l'emphytéose de ces biens, les règles contenues dans la troisième constitution du titre de *jure emphyteutico*.

§ 2. — *Emphytéose des biens ecclésiastiques.*

Romulus avait attribué au culte une des trois parts de l'*ager romanus* ; ce fut l'origine du patrimoine des temples. Ils possédaient des donations en bien fonds, loués dans la même forme que les *agri vectigales* (4) ; mais les temples ne pouvaient recevoir aucune libéralité, à part quelques faveurs spéciales accordées à certains d'entre eux par le sénat (5).

Le christianisme triomphant partagea avec les empereurs la dépouille du culte vaincu ; la part de l'Eglise s'accrut d'une partie

1. L. 3, C. *de locat. præd. civ.*
2. L. 1, C. *de fund. patrim.*
3. Troplong, *op. laud.*, p. 157 ; Pépin le Halleur, p. 41.
4. Ulpien, *Reg.* t. XXII, § 6.
5. L. 20, D. *de reb. dub.*

du domaine municipal, qui fut affectée aux frais du culte (1) et par les libéralités des fidèles, que Constantin encourageait (2). Les empereurs voulurent donner aux biens de l'Eglise un caractère stable, et Léon rendit inaliénables les immeubles de l'Eglise cathédrale de Constantinople (3). Anastase en fit autant pour tout le ressort (4).

Mais ces prohibitions furent éludées.

L'Église, malgré ses richesses très considérables, étant affectée des maux qui travaillaient alors la société, elle chercha, comme les empereurs et les particuliers, à échapper au fléau de la désertion en recourant assez fréquemment à l'emphytéose. Le législateur, cependant, apporta des modifications aux règles édictées et dont on voulait faire application à ses domaines. C'est ainsi qu'Anastase distingua les emphytéoses constatées par écrit, de celles qui ne l'étaient pas, donnant aux premières seules une durée perpétuelle, et limitant les autres à la vie du preneur, de façon à éviter même l'apparence de l'aliénation que l'empereur avait lui-même interdit formellement.

La matière de l'emphytéose ecclésiastique a été traitée *ex professo* par Justinien dans ses Novelles 7 et 120.

La Novelle 7 maintient l'inaliénabilité des biens ecclésiastiques ; elle étend même la législation de Zénon et d'Anastase à toutes les églises de l'empire. Elle défend l'emphytéose perpétuelle en raison de son analogie avec l'aliénation.

L'emphytéose des biens ecclésiastiques ne pouvait donc être que temporaire, mais elle pouvait être consentie pour un temps indéterminé ; ainsi, elle l'était souvent pour la vie du preneur et après lui, successivement, pour celle de deux personnes prises

1. Sozomène, *Historia ecclesiastica*, V, 5 (éd. Valois, Paris 1686) p. 488.
2. L. 1, C. *de sacr. eccles.*
3. L. 14, C. *eod. tit.*
4. L. 17, C. *eod. tit.*

parmi ses descendants ; à défaut de ces derniers, et en vertu d'une clause expresse, la jouissance était conférée au conjoint survivant de l'emphytéote.

Dans la Novelle 120, Justinien restreignit cette prohibition de l'emphytéose perpétuelle aux biens dépendant de l'église de Constantinople, laissant toute latitude pour les autres églises situées dans le reste de l'empire. Mais, si les autres églises acquirent la liberté de constituer des emphytéoses perpétuelles, il est plus probable que cette perpétuité n'existait pas de plein droit et devait être expressément stipulée.

En ce qui concerne l'Église de Constantinople, la prohibition ne demeurera pas absolue. Lorsque l'Église manquait des ressources nécessaires pour relever les bâtiments ruinés, elle pouvait les concéder en emphytéose perpétuelle, mais moyennant une redevance fixée à l'avance par la novelle elle-même ; le canon devait être égal au tiers ou à la moitié du revenu de ces édifices avant leur ruine, selon que l'emphytéote préférait commencer ses prestations à compter de la date du titre emphytéotique, ou seulement à partir de l'achèvement des travaux de reconstruction (1).

Par la même Novelle, Justinien permit même l'aliénation dans certaines formes aux églises obérées, à charge pour les acquéreurs de surveiller l'emploi du prix.

Les textes répètent, à l'égard de l'emphytéose des biens ecclésiastiques, beaucoup des règles du droit commun ; celles, par exemple, qui concernent la défense de détériorer et la déchéance en cas de détérioration ; mais ils présentent aussi quelques particularités que nous allons signaler.

Pour prévenir les suggestions et les surprises, le contrat devait être rédigé par écrit (2) ; il devait être approuvé par certains dignitaires, après serment prêté par les administrateurs.

1. Nov. 120, ch. 1, § 2.
2. Nov. 120, ch. 5, *pr.* et ch. 6, § 2.

Ne pouvaient se rendre concessionnaires de l'emphytéose de biens ecclésiastiques soit par eux-mêmes, soit par des personnes interposées, ceux qui étaient chargés de les administrer et aussi les hérétiques.

L'emphytéote est déchu de son droit, s'il ne paye pas les redevances pendant deux ans seulement, au lieu de trois, et il n'a aucune réclamation à élever pour ses améliorations (1).

L'Église, après avoir touché les termes arriérés, conserve le droit d'expulser l'emphytéote ; ce droit, qui fait quelque doute à l'égard des particuliers, est formellement accordé à l'église par la novelle 120 ch. 8. D'ailleurs, par un motif d'humanité et de bienfaisance le droit canonique permit, par la suite, à l'emphytéote de purger sa demeure et d'éviter la déchéance, en payant les canons même après l'expiration du terme ; et cette dérogation de faveur fut bientôt empruntée à l'Église par les particuliers (2).

Enfin, l'Eglise jouissait d'un droit de retrait, tout à fait en dehors du droit commun, dans le cas où l'emphytéose se trouvait transmise à certaines personnes morales : « *aut in imperialem* « *domum*, *aut in sacrum nostrum ærarium*, *aut in civitatem* « *aliquam*, *aut in curiam*, *aut in aliquam venerabilem aliam* « *domum* » (3). Ce retrait pouvait être exercé par l'Église pendant un délai de deux ans, quel que fut le titre d'acquisition, soit à cause de mort, soit entre vifs.

Telles sont les principales exceptions que nous devions rappeler, pour compléter l'étude de l'emphytéose en droit romain, donner une idée exacte des perfectionnements et des modifications qui furent apportés à cette institution et faire connaître le régime auquel elle fut soumise, depuis son apparition, jusqu'à la chute de l'Empire.

1. Nov. 7, ch. 3, § 2 et Nov. 120 ch. 8.
2. Vinnius, *ad. Institut.*, III, 25, § 3.
3. Nov. 120, ch. 1, § 1.

CHAPITRE IV

COMPARAISON DE L'EMPHYTÉOSE AVEC QUELQUES-UNS DES DROITS ET CONTRATS QUI S'EN RAPPROCHENT.

En recherchant dans les sources originales les éléments d'une théorie complète de l'emphytéose romaine, on a pu remarquer, qu'un grand nombre des règles avaient été transportées de la théorie de certaines institutions dans la théorie de l'emphytéose, à raison de la grande analogie qui existent entre elles. Toutefois, on ne saurait méconnaître dans la théorie de l'emphytéose le caractère d'une véritable originalité.

Ce caractère juridique, nous voulons le faire ressortir, en comparant l'emphytéose avec les institutions plus anciennes ou contemporaines, qui tendaient à établir entre un propriétaire et un tiers, une situation plus ou moins analogue à celle qui résultait de l'emphytéose.

Cette tâche a déjà été accomplie en partie, lorsque nous avons examiné les antécédents de l'emphytéose et discuté les différents systèmes proposés sur l'origine de cette institution; c'est à cette occasion là, que nous avons indiqué les différences qui séparent la théorie de l'emphytéose de celle des *Possessiones* de l'*ager publicus* ; du *jus in agro vectigali*, du *provinciale solum* ; des assignations et colonies, et enfin du *jus perpetuum et privatum salvo canone*. Nous ne saurions donc les reproduire ici, sans faire double emploi.

Dans l'exposé de la théorie de l'emphytéose, nous n'avons pas

manqué d'indiquer quelques points d'analogie et de dissemblance entre ce contrat et l'usufruit, la vente et le louage ; cependant, pour être complet et plus précis nous croyons devoir y revenir.

§ 1. — *L'usufruit.*

C'est incontestablement à la doctrine de l'usufruit que la théorie de l'emphytéose a fait les emprunts les plus considérables. L'analogie des situations auxquelles l'une et l'autre institution correspondent, rendait ce résultat inévitable. Dans un cas comme dans l'autre, il y a démembrement de la propriété, droit réel, séparation de la jouissance d'avec le *dominium*. L'usufruitier et l'emphytéote possèdent avec la même indépendance et défendent en général par les mêmes moyens, tous les attributs de la propriété qui leur sont échus en partage. L'emphytéose comme l'usufruit, à la mort de l'emphytéote sans héritiers ou successeurs, fait retour à la nue-propriété. Mais voici quelques différences importantes :

L'usufruit frappe d'immobilité le bien, met obstacle à son amélioration : ni l'usufruitier, ni le nu-propriétaire n'est pas tant intéressé à l'améliorer. L'emphytéose au contraire, est une institution qui a pour but l'amélioration du fonds.

L'usufruit est essentiellement temporaire ou viager, l'emphytéose est de sa nature perpétuelle et en tout cas indépendante de la vie du titulaire.

Le canon est un élément essentiel dans l'emphytéose, l'usufruit est de sa nature gratuit.

L'emphytéote a la *corporis possessio*, l'usufruitier n'a que la *juris possessio*.

L'usufruit porte indifféremment sur les meubles ou sur les immeubles, l'emphytéose sur les immeubles seulement, et surtout sur les fonds de terres.

L'usufruit a pour la défense de son droit les actions confessoi-

res et négatoires utiles et les interdits quasi-possessoires; l'emphytéose, outre les actions confessoires et négatoires utiles, et les interdits possessoires, a l'exercice de la revendication utile et des actions *aquæ pluviæ arcendæ et aborum furtim cœsarum.*

L'usufruitier n'acquiert les fruits que par la perception, tandis que l'emphytéote les acquiert par la simple séparation du sol.

Les modes de constitution de l'emphytéose sont également applicables à l'usufruit. Il y a grave difficulté, tant pour l'emphytéose que pour l'usufruit, si ces droits peuvent s'établir par simples pactes et stipulations, et par la *longi temporis præscriptio.* A la différence de l'emphytéose, l'usufruit s'établit plus habituellement par testament, et en outre, par l'*in jure cessio* et l'*adjudicatio.*

L'emphytéote peut transmettre son droit par actes entre-vifs ou à cause de mort; cette faculté est absolument refusée à l'usufruitier : celui-ci ne peut pas faire un nouvel usufruitier, comme l'emphytéote peut faire un nouvel emphytéote.

L'usufruit, comme l'emphytéose, prend fin par la déchéance encourue par l'usufruitier, par l'arrivée du terme, par la consolidation ou la confusion, par la prescription, par la perte totale du fonds ; et en outre, par le décès de l'usufruitier, par la renonciation ou remise faite au nu-propriétaire et enfin par la *capitis deminutio.*

§ 2. — *La vente.*

L'emphytéose est, comme la vente, un contrat nommé, de bonne foi, synallagmatique, de droit des gens, purement consensuel; elle tend comme la vente à la translation d'un droit réel, ordinairement perpétuel et transmissible aux héritiers et aux acquéreurs à titre particulier. Mais elle en diffère sur des points

tellement essentiels, que l'on conçoit sans peine la solution donnée par Gaïus. En voici quelques-uns.

a. — Le prix de vente est payé ordinairement d'un seul coup et à la suite du contrat ; le canon emphytéotique est payé annuellement pendant toute la durée de la jouissance. Le maître est tenu ainsi à une *successiva patientia*, comme on l'a dit, tandis que dans la vente, le contrat est exécuté par la tradition et le vendeur libéré, sauf le cas d'éviction.

b. — La vente tend à faire passer intégralement à l'acheteur les droits qui appartiennent au vendeur ; l'emphytéose ne confère au cessionnaire qu'un *jus in re*, un *quasi dominium*, comme dit Cujas, et la propriété reste sur la tête du concédant.

c. — Le défaut de payement du prix n'entraîne jamais la résolution du contrat de vente (1) ; le défaut de payement du canon entraîne la déchéance du droit de l'emphytéote.

d. — Enfin, en ce qui concerne les risques, la perte même totale ne libère pas l'acheteur du paiement du prix ; la perte totale libère l'emphytéote pour les termes à échoir.

§ 3. — *Le louage.*

L'emphytéose ressemble davantage à un louage, et en effet, jusqu'à Zénon, la jurisprudence l'y assimilait. Il y a également entre ces deux institutions et l'état général de la propriété foncière, une liaison générale ; aussi, avons-nous vu que le bail perpétuel avait été en quelque sorte le précurseur de l'emphytéose. Dans l'emphytéose comme dans le louage, il y avait une redevance périodique, pouvant consister soit en denrées, soit en argent ; l'expulsion sanctionnait le défaut de paiement de la rede-

1. L. 13, C. *de contrah. empt.*

vance ou de la détérioration ; l'emphytéote comme le locataire pouvait à son tour conclure une location.

Mais voici les différences essentielles :

L'emphytéose même temporaire confère à l'emphytéote un droit réel, une action réelle et la possession *ad interdicta*, avantages qui font défaut au preneur ordinaire même perpétuel. Le bail est toujours pour le propriétaire, un mode de jouir de sa chose : le fermier temporaire ou perpétuel exploite comme son agent et son représentant. Le loyer dans l'un ou dans l'autre cas, est censé représenter le revenu du fonds. Dans l'emphytéose, au contraire, il y a démembrement de la propriété. L'emphytéote participe aux bénéfices comme aux attributs de la condition du propriétaire. Le canon emphytéotique n'est jamais considéré comme l'équivalent des revenus du fonds ; aussi, ne subit-il aucune réduction proportionnelle dans le cas de perte partielle ou de stérilité du fonds.

Outre ces différences essentielles du louage et de l'emphytéose, on peut en signaler un certain nombre d'autres. Le louage est ordinairement consenti pour cinq ans, *in lustrum* ; l'emphytéose, même temporaire, ne peut être faite que *ad non modicum tempus*.

Le droit du locataire est transmissible à ses héritiers, mais il ne peut pas être aliéné ; le droit de l'emphytéote non-seulement est héréditaire, mais il peut être aliéné de toutes sortes de manières.

Le locataire n'acquiert les fruits que par la perception, l'emphytéote, au contraire, par la simple séparation du sol.

Le locataire n'a pour la jouissance de la chose que des droits limités : il ne peut pas toucher à la forme spéciale, à la destination du fonds, mais il peut sans nul obstacle enlever ses améliorations. L'emphytéote a, au contraire, les droits les plus étendus : il peut changer la destination du fonds, opérer des transforma-

tions, pourvu qu'il n'altère pas le rendement ou la valeur de la chose, mais le droit de retirer ses améliorations lui est refusé sans aucun doute, en cas de déchéance de son droit, et suivant l'opinion d'un grand nombre d'auteurs, admise par nous, même dans tous les autres cas d'extinction d'emphytéose.

L'emphytéote, à la différence du *conductor*, doit supporter les grosses réparations et le payement des impôts. Le louage s'éteint par l'arrivée du terme fixé, mais le silence des parties entraîne une tacite reconduction ; il n'en est pas ainsi de l'emphytéose.

Enfin, la constitution de Justinien est venue consacrer une nouvelle différence : la commise pour défaut de payement du canon est encourue par l'emphytéote s'il néglige de l'acquitter pendant trois ans ; après deux ans seulement par le locataire.

Maintenant, nous allons comparer l'emphytéose avec d'autres institutions dont nous n'avons pas encore eu l'occasion de parler : c'est le précaire, la superficie et le colonat.

§ 4. — *Le précaire.*

Savigny (1), d'après l'explication assez plausible de Niebuhr, a cherché la source du précaire dans les concessions faites à leurs clients (*tenuioribus*) par le *possessores* de l'*ager publicus* (2). Le précaire a tiré son nom des sollicitations qui d'ordinaire précédaient ce genre de concession. Le précaire, comme le *jus in agro vectigali*, a dû beaucoup au droit prétorien : pour ces deux cas, il n'y avait dans le principe que la ressource des interdits, et beaucoup d'auteurs rapportent au préteur la création de l'*actio vectigali*. Un point sur lequel la ressemblance est absolue entre le précaire et l'emphytéote, c'est que le précariste comme l'em-

1. *De la possession*, § XII, a. 3.
2. Festus, v° *Patres*.

phytéote est investi de la *corporis possessio*, il a l'exercice des interdits, avec cette nuance qu'il ne peut les exercer contre le maître ; aussi, dit-on que l'interdit *de precario* est restitutoire.

De même que l'emphytéote, le précariste peut employer la chose à tous les usages auxquels sa nature se prête, et non pas seulement à un usage déterminé ; il acquiert les fruits par la simple séparation du sol.

L'élément essentiel du précaire, à savoir, la révocabilité *ad nutum*, ne se trouve pas dans l'emphytéose; aussi tandis que l'interdit *de precario* se trouve sans aucune force à l'égard du concédant, l'action utile de l'emphytéote est opposable au propriétaire. Par contre, les éléments essentiels de l'emphytéose, qui sont la durée et le canon, sont inconciliables avec la nature du précaire ; la durée de cette concession ne peut être fixée et la concession est essentiellement gratuite.

Le droit de l'emphytéote passe à ses héritiers, celui du précariste est essentiellement limité à sa personne ; cela est tellement vrai, que les auteurs discutent si le maître peut encore diriger contre l'héritier l'interdit *de precario*, ou s'il n'est pas réduit à l'action en revendication ou à l'interdit de *clandestina possessione*. A l'égard des héritiers du concédant, le précaire peut subsister, mais ils conservent le droit de révoquer quand bon leur semble.

Le précariste, à la différence de l'emphytéote, n'est responsable que de son dol, et ses héritiers ne sont pas responsables de son dol. Les actions nées de la convention diffèrent dans les deux cas : l'emphythéose, contrat synalagmatique, engendre deux actions que nous avons appelées *emphyteuticaria directa et contraria* ; le précaire, simple pacte, ne met aucune obligation à la charge du propriétaire. Quant au précariste, son obligation de restituer ne fut garantie longtemps que par l'interdit de *precario* ; plus tard, avec les progrès de la jurisprudence, on reconnut qu'il y avait au moins un contrat innomé et que la tradition faite au précariste

constituait une *res* suffisante pour donner au maître l'action *præscriptis verbis*, d'après d'Ulpien (1), *condictio incerti*, d'après Julien (2). Le propriétaire a d'ailleurs la revendication, et il peut l'exercer quand bon lui semble; en matière d'emphytéose, au contraire, l'existence du droit de l'emphytéote paralyse l'action du propriétaire. Le précaire à l'époque classique s'applique également aux meubles, aux immeubles et même aux choses incorporelles, comme une servitude ; l'emphytéose aux immeubles corporels seulement (3).

Le précariste, à la différence de l'emphytéote, n'a pas d'action réelle, d'action en revendication, ni de Publicienne. Il avait sans doute la *justa possessio, sed quæ non pergat ad judicii vigorem*, dit la loi 7, § 4, *comm. div.* Il paraît qu'on lui refusait même l'*actio furti*, car il n'est pas, disait-on, responsable du *furtum* vis-à-vis le concédant.

Enfin, le domaine du *precarium* a tout à fait changé à l'époque classique. Ulpien nous dit (4) qu'il est fréquent de voir le créancier gagiste restituer, au moyen d'un *precarium*, la possession au débiteur, bien que la régularité de cette pratique ait soulevé quelques difficultés.

§ 5. — *La superficie.*

La superficie est un droit réel sur l'immeuble d'autrui, par lequel le propriétaire d'un fonds autorise un tiers à jouir d'une manière complète d'édifices construits ou à construire sur ce fonds, à perpétuité ou pendant un très long temps, avec ou sans l'obligation de payer une redevance annuelle (*solarium*).

1. L. 2, § 2, D. *de prec.*
2. L. 19, § 2, D. *de prec.*
3. Comp. Dig. *de precario*; Code : *de precario et de salviano interdictum.*
4. L. 6, § 4, D. *de prec.*

On dit souvent (1) que la superficie est, pour les fonds urbains, ce qu'est l'emphytéose pour les fonds de terre. Mais l'analogie est loin d'être complète. Outre les nombreuses différences que nous remarquerons dans les règles qui régissent les deux droits, la superficie est loin de présenter le développement et l'importance historique de l'emphytéose. Tandis que celle-ci, née tardivement, se dégageant successivement d'autres contrats remplissant le même but, fut essentiellement une institution sociale, employée par l'État et les personnes morales, et ne fut utilisée par les particuliers qu'au moment où l'Empire romain allait disparaître ; la superficie, au contraire, apparaît de bonne heure, constituée dès l'origine comme elle le sera toujours dans la suite, ouverte immédiatement aux particuliers, mais restreinte à une application spéciale, sans extension postérieure, et ne jouant qu'un rôle peu important dans l'histoire économique de Rome.

Une autre différence capitale, c'est que l'emphytéose est le droit d'exercer tous les droits de propriété sur le fonds lui-même, tandis que la superficie est le droit d'exercer les droits de propriété seulement sur les constructions élevées sur le sol. La superficie, en effet, est la réunion de deux droits juxtaposés : droit de propriété à peu près complet sur ce qui recouvre le sol, droit de servitude ou son équivalent sur le fonds lui-même (2). Ainsi entendu le *jus superficiei*, peut être considéré comme produisant une dérogation remarquable à la règle générale rappelée au Digeste et ainsi formulée par Gaïus : *quod solo inædificatur solo cedit* (3).

Le droit de superficie est bien certainement d'origine toute prétorienne, un fragment (4) d'Ulpien extrait de son commentaire

1. M. Lefort, *op. laud.* p. 43.
2. L. 23, D. *pr. de usurpationibus.*
3. L. 7, §§ 8-13, D. *de adquir. rer. domin.* l. 86, § 4, D. *de leg.* 1°.
4. L. 1, pr. D. *de superficiebus.*

sur *l'Edit du préteur*, nous a conservé le texte de l'édit sur ce point. A un moment où l'emphytéose n'était pas encore connue, le préteur a accordé au superficiaire un *jus in re alienâ*. La question, si le *jus in re* accordé au preneur vectigalien et à l'emphytéote est d'origine prétorienne ou bien de droit civil, fait doute pour certains commentateurs.

Le droit de superficie, comme le droit d'emphytéose est perpétuel ou du moins constitué, *ad non modicum tempus* (1). Le *solarium* (2) (*pensio*, *locarium*, *soli merces*) de la superficie correspond au canon de l'emphytéose.

L'emphytéote a sans contestation le *corporis possessio;* la question est vivement discutée pour le superficiaire, et une opinion qui a pour elle l'autorité imposante de Savigny ne lui accorde qu'une *quasi juris possessio*. Cette opinion se fonde, sur ce que le préteur a créé un interdit spécial de *Superficie*, pour protéger le superficiaire dans sa possession, interdit qui est calqué sur l'interdit *uti possidetis*; d'où on a conclu, que les interdits possessoires étaient réservés au propriétaire du fonds (3).

Le superficiaire n'a pas la propriété civile sur les constructions, car les Romains n'admettent pas que le sol appartienne à une personne et la construction à une autre ; il n'a, s'il est permis de le dire, que la propriété prétorienne.

Comme l'emphytéose, la superficie est un droit, qui sans prendre le nom de *dominium*, ni de *servitus*, ressemble par ses effets à l'une et à l'autre.

Le droit du superficiaire est transmissible par actes entre-vifs ou à cause de mort, susceptible d'hypothèque, d'usufruit,

1. L. 1, § 3, D. *eod. tit.*

2. *Ex eo quod pro solo pendatur*, dit la loi 2, § 1, D. *Ne quid in loc. public. fiat.*

3. *Contra*, Molitor, *la Possession* etc. p. 46 et 47 ; Maynz, *op. laud.* t. I, p. 570.

d'usage et d'une servitude prédiale, qui n'auront d'existence que d'après le droit prétorien, et qui seront protégés par des actions et des interdits utiles (1).

Le superficiaire, de même que l'emphytéote, peut exercer *utiliter* les droits et les actions qui appartiennent au propriétaire du sol : la *rei vindicatio*, l'*actio negatoria*, la *novi operis nunciatio*, les interdits possessoires ordinaires, l'*uti possidetis*, le droit de demander la *cautio damni infecti*, les actions décisoires : *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo et finium regundorum* (2). La perte de la quasi-possession, si elle a été acquise *a non domino*, donne ouverture à l'action publicienne (3).

Le contrat de superficie n'est pas un contrat comme l'emphytéose, conservant des formes propres et toujours les mêmes : il emprunte pour sa constitution les formes de la vente, du louage, du testament et d'une manière générale, de tout acte reconnu obligatoire en droit civil (4). Sa constitution n'implique donc pas recours aux modes consacrés, pour la translation de la propriété ou pour la création de servitudes tant réelles que personnelles. Toutefois, c'est là un point très douteux et sur lequel les textes ne s'expliquent pas (5). A la différence de l'emphytéose, où la redevance annuelle est de l'essence du contrat, la superficie peut exister soit en exécution d'une donation entre vifs, et par conséquent à titre gratuit, soit en exécution d'une vente, moyennant un prix fixe payable en une seule fois. Le *solarium*, donc, n'est

1. L. 1, § 6 et 9, D. *de superf.*
2. L. 1, § 8, D. *eod. tit.*
3. L. 12, § 3, *de public.*
4. L. 73, § 1 ; l. 1, § 1, 7, D. *de superfic.*
5. Comp. M. Accarias, *op. laud.* t. I, n° 283, *a.*

pas de l'essence de la superficie, comme le canon est de l'essence du contrat d'emphytéose (1).

En cas de transmission du droit de superficie, toujours à la différence de l'emphytéose, il n'y a pas de *laudemium* à payer, ni de droit de retrait à exercer.

Enfin, trois derniers traits de ressemblance entre l'emphytéose et la superficie ; l'une et l'autre sont des droits qui s'exercent d'une manière principale, l'une et l'autre ne sont pas des entraves à l'amélioration et à l'embellissement du sol, l'une et l'autre s'éteignent par la mort du concessionnaire sans héritiers ou successeurs, et le droit fait alors retour à la propriété.

§ 6. — *Le colonat.*

Le colonat et l'emphytéose sont, à notre avis, deux institutions contemporaines des mêmes misères publiques du Bas-Empire ; les *latifundia* et l'extinction de la classe moyenne. Aussi chacune dans sa sphère a eu pour but d'y apporter remède : de repeupler les solitudes et de mettre en culture les biens abandonnés.

La question, comment le colonat a pris naissance et quelle est son origine est vivement débattue. Les textes sont muets sur la question, et par conséquent, le champ des conjectures est resté ouvert ; les opinions les plus variées ont été émises par tous ceux qui se sont occupés soit de l'antiquité romaine, soit du moyen-âge (2).

1. *Sic.* M. Accarias *op.* et *loc. laud.* Pellat, *op. laud.* p. 98. *Contra,* M. Gérardin *à son cours* ; M. Garsonnet, *op. laud.* p. 111.

2. M. Garsonnet, *op. laud.* p. 159 dit, que le colonat a existé dans toute sa force au bas-empire et qu'il ne croit pas qu'il lui soit antérieur, ni qu'il ait existé à l'époque classique du droit romain. Nous partageons l'opinion de ce savant auteur. *Contra,* Giraud. *Essai sur l'hist. du dr. fr. au moyen-âge,* t. I, p. 148-184.

Voici les principaux auteurs qui se sont occupés spécialement de cette

L'opinion aujourd'hui dominante en France, dit M. Garsonnet (1), voit dans le colonat une triple institution : — a. *Administrative* : Le colonat était destiné à assurer des cultivateurs à la terre, à arrêter la désertion des campagnes et la décadence de l'agriculture : — b. *Financière* : le colonat était destiné à assurer des contribuables ; les finances de l'État subissant le contrecoup de la décadence de l'agriculture — c. *Militaire* : le colonat procurait au propriétaire, obligé de conduire à l'armée un nombre d'hommes libres proportionné à l'étendue de ses terres, le moyen de remplir cette obligation.

La condition du colonat doit être considérée sous trois principaux points de vue.

1° *Relativement à l'état personnel des individus.* — La condition du colon n'est ni celle de l'esclave, ni celle de l'homme libre ; elle participe des deux à la fois, à tel point que Justinien hésitait à se prononcer sur son sort. Le colon est libre, du moins vis-à-vis des tiers ; il a le *jus connubii* et par conséquent les droits de famille. Mais sa liberté est tellement enchaînée, qu'elle présente beaucoup d'analogie avec la servitude. Le colon est exempt d'esclavage personnel, mais il est *servus terræ* (2).

Il est exposé à souffrir les châtiments corporels comme l'esclave. Il ne peut intenter une action contre le propriétaire du

matière : Jacques Godefroy : *Paratitla* du tit. *de fugitivis colonis*, au Code Théodos. t. I, p. 492-496, édit. Riter; Y. Potgiesser. *De statu servorum veteri perinde atque novo, lib. V* (Lemgo en 1736); Savigny : *Ueber d. Rœmischen colonat*, dissertation traduite en français dans le t. IX de la *Thémis* par M. Pellat. Guérard, *Polyptique d'Irminon*, t. I, p. 225 *et seq.*; Zumpt, dissertation publiée dans les *Mémoires de l'Acad. des sc. mor. et pol.* t. IV, p. 44 et suiv. (1843). Ch. Giraud, *op. laud.* t. I, p. 148-184. Elia Lattes, *op. laud.*

1. *Op. laud.* p. 61.

2. C. J. *De colon. Thracens* et les constit. 16, 21, 22 et 24 au même Code, *De agricolis.*

fonds que dans trois cas : celui d'augmentation arbitraire du *canon* (*superexactio*), celui d'un crime commis à son égard (1), et celui où il prétend qu'il est injustement détenu comme colon (2).

Le propriétaire de l'immeuble, dans ses rapports avec les colons, est indifféremment appelé *patronus* ou *dominus*.

Relativement à la terre. — Le colonat attache le cultivateur au sol, par un lien perpétuel et héréditaire analogue à celui qui lie l'esclave à la personne du maître. Ce lien, est tellement indissoluble, que le colon ne peut en être juridiquement séparé ni par sa propre volonté, ni par celle du maître. C'est pour cette raison là que le colon est appelé *servus terræ*, et plus tard, *serf de la glèbe*. Le propriétaire ne peut vendre le fonds sans les colons, ni les colons sans le fonds, ni les transporter d'un fonds sur un autre ; à moins que le premier n'ait trop des colons et l'autre pas assez (3). Le colon qui quitte le fonds peut être revendiqué par le propriétaire comme un esclave, et, une fois repris, il est sévèrement puni, ainsi que le recéleur.

Le colon n'a aucun droit réel sur l'immeuble auquel il est attaché et qu'il cultivait (4). Il paye annuellement un *canon* au propriétaire, à titre de fermage. Ce canon est ordinairement payé en nature, et ne peut être exigé en argent qu'autant que l'usage ou le contrat l'autorisait. Le propriétaire ne peut élever ce canon au-dessus du taux établi par la coutume (5). Mais trop souvent par malheur, le fait démentait le droit.

3° *Relativement aux biens qu'ils pouvaient posséder.* — Le colon avait, sous ce rapport, une condition meilleure que celle de

1. C. J. l. 2, *in quib. caus. colon. cons. dom. accus. poss.*
2. C. J. l. 20, *de agr. cens. et col.*
3. C. J. l. 2 ; 7 et 21 ; l. 13, § 1, *de agr. cens. et col.*
4. Comp. Laboulaye, *Histoire du dr. de propriété en Occident* (Paris 1839), p. 117.
5. C. J. l. 1 et 2, *in quib. caus. coloni* etc ; l. l. 5 ; 20, § 2, l. 20 et 23, *de agricolis.*

l'esclave. Ce que le colon possède est bien appelé *peculium*, mais il est capable de posséder comme propriétaire des choses mobilières ou immobilières, et le patron ne peut pas lui enlever ses biens ; cependant, le droit de disposition du colon est entravé par l'obligation d'obtenir préalablement le consentement du patron, qui avait intérêt à ce que ses colons restassent riches (1). Cette restriction n'existait qu'en général, car il y avait aussi des colons qui pouvaient disposer librement de leurs biens entre-vifs ou par testament.

Tels sont les principaux rapports civils engendrés par l'institution du colonat.

Le colonat, comme l'emphytéose, procure au cultivateur quelques-uns des avantages du bail perpétuel : le colon a la jouissance du bien et ses droits sont transmissibles à ses héritiers ; il ne peut pas être expulsé de son champ auquel il est libre de faire toutes les améliorations possibles ; il est protégé contre les exigences arbitraires du maître en ce qui concerne la redevance annuelle.

Mais le colonat diffère de l'emphytéose, à plusieurs points de vue essentiels :

a. — Le colonat s'adresse à des cultivateurs de condition rustique, inférieure ; l'emphytéose s'adresse le plus souvent à des cultivateurs d'une condition élevée.

b. — Le colonat exerce une influence sur la condition personnelle des colons, tandis que l'emphytéose n'emporte aucune déchéance dans l'état de la personne de l'emphytéote, ni aucune prérogative de supériorité dans la personne du propriétaire.

c. — Le colonat attache le cultivateur à la terre dont il devient l'esclave, il ne peut l'abandonner d'aucune manière. L'emphytéote, au contraire, peut en principe quitter le fonds, quand il

1. L. 2, C. J. *in quib. col.*

voudra. Cette différence serait capitale, à une époque où l'emphytéote pouvait se soustraire à ses obligations par le déguerpissement; mais au Bas-Empire elle diminue beaucoup de son importance, puisqu'une pareille faculté ne lui était pas reconnue, et le titre au Code : *de omni agro deserto*, nous montre tous les obstacles qui sont mis à sa délivrance. Au Bas-Empire, d'ailleurs, la liberté n'est nulle part : l'esprit de la législation du temps est de river chacun à son état : le colon à la terre qu'il occupait, l'ouvrier à sa corporation, le curiale à l'administration de la cité et jusqu'à la danseuse au théâtre (1).

d. — Le colonat n'oblige le colon qu'à cultiver, tandis que l'emphytéose, suivant un grand nombre d'auteurs, outre l'obligation de cultiver entraîne celle d'améliorer.

e. — Enfin, une dernière différence non moins essentielle entre les deux institutions, c'est que le colonat ne confère pas comme l'emphytéose un droit réel immobilier, susceptible par conséquent d'être grevé d'hypothèque et des servitudes (2).

Il nous reste à remarquer, que le colonat est l'origine des tenures serviles du moyen-âge, et le point de départ de la condition des classes agricoles dans l'Europe Occidentale et même dans quelques pays de l'Europe Orientale.

1. M. Laboulaye, *op. laud.* p. 115 *seq.*

2. Cf. sur les affinités et les différences entre l'emphytéose et le colonat ; MM. Giraud, *op. laud.* t. I, p. 205, note 4; Laboulaye, *op. laud.* liv. II, 18 : Muller. *Promptuarium*, t. I, p. 706 (1re édit.). M. Garsonnet, *op. laud.* p. 159.

DROIT FRANÇAIS

PREMIÈRE PARTIE

L'EMPHYTÉOSE AU MOYEN AGE ET DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

MÉTHODE A SUIVRE DANS CETTE PARTIE DE NOTRE ÉTUDE.

Nous avons exposé dans notre étude de droit romain, d'abord, les antécédents de la théorie de l'emphytéose, en suivant les diverses étapes que cette institution a parcourues avant de prendre place parmi les contrats de droit commun.

Nous avons examiné, ensuite, la théorie de ce contrat, telle qu'elle a été organisée par les constitutions de Zénon et de Justinien.

Nous allons maintenant quitter le Bas-Empire, pour nous transporter en Gaule et traverser avec l'emphytéose les siècles qui séparent la chute de l'Empire d'Occident, de la grande Révolution française.

Nous ne saurions négliger cette importante époque. Car, si nous voulons rendre intelligible la situation des emphytéotes au

moment de la Révolution et au moment où le Code civil est sur le point d'être rédigé, il nous faut exposer les transformations que cette institution a subies.

Nous distinguerons deux époques principales : La première, depuis la chute de l'empire romain d'Occident jusqu'à l'avénement de la féodalité. La seconde, depuis l'établissement de la féodalité jusqu'à la Révolution française.

Chacune de ces deux époques principales comprend deux périodes. La première, les périodes barbare et franque, du ve au xe siècle. La seconde, les périodes féodale et manarchique, du xe au xviiie siècle.

Nous consacrerons un chapitre spécial à chacune des deux principales époques.

CHAPITRE I

L'EMPHYTÉOSE DEPUIS LA CHUTE DE L'EMPIRE D'OCCIDENT JUSQU'A L'AVÉNEMENT DE LA FÉODALITÉ.

Jusqu'ici les bornes de notre étude étaient facilement posées ; le commentaire des textes du Digeste et du Code nous servait naturellement de guide. Dans les périodes que nous abordons, les textes sont très-rares, très-peu précis. Nous aurions même à nous demander, si l'emphytéose a existé à cette époque comme contrat distinct, pratiqué par les particuliers pour leurs biens. Mais, si le mot d'emphytéose est très rarement prononcé par les textes, en revanche, on trouve, dans ces siècles d'enfantement social, un grand nombre d'institutions, avec différentes dénominations, qui reproduisirent successivement et avec plus ou moins d'énergie les caractères distinctifs de l'emphytéose romaine. Ces institutions méritent d'être étudiées ; car, ce n'est qu'en les comparant avec l'emphytéose romaine qu'on peut les distinguer de ce dernier contrat. Notre cadre se trouve donc bien élargi ; il comporte dans une certaine mesure, le tableau de la situation économique, en ce qui touche la propriété foncière du ve au xe siècle. Mais il serait trop long et trop en dehors de notre sujet de remplir complètement un si vaste programme ; c'est un champ encore ouvert aux théories des auteurs qui dissertent sur les origines de la société féodale. Nous n'en extrairons que ce qui nous est strictement nécessaire, pour éclairer l'étude du point spécial que nous avons choisi.

SECTION I

L'EMPHYTÉOSE PROPREMENT DITE A-T-ELLE ÉTÉ CONNUE DANS LES GAULES, DEPUIS L'ANÉANTISSEMENT DE L'EMPIRE D'OCCIDENT JUSQU'A L'AVÉNEMENT DE LA FÉODALITÉ?

Nous pensons, avec la majorité des auteurs, que les Gaules n'ont connu que l'emphytéose à l'état de contrat administratif (ecclésiastique ou civil), c'est-à-dire, telle qu'elle avait était réglementée par le Code Théodosien. Il faut considérer, en effet, que lorsque Zénon et Justinien rendirent les constitutions qui organisaient l'emphytéose proprement dite, l'invasion des Barbares avait déjà rompu les liens des deux empires d'Orient et d'Occident. Sans doute, Justinien s'empressa de publier ses compilations législatives en Italie, pendant le court espace de temps où il régna dans ce pays (1). Aussi, peut-on voir la trace vivante du droit byzantin dans les curieux diplômes de Marini et de Muratori (2). Mais la domination byzantine fut promptement renversée par les Lombards. Il ne paraît pas que la Gaule, malgré les bons rapports qu'elle entretint avec l'empire d'Occident, ait connu alors, d'autres textes du droit romain, que ceux du Code Théodosien ; conséquemment, elle n'a pu connaître d'autre emphytéose que l'emphytéose théodosienne, appliquée aux biens du prince, de l'État, des églises et des cités (3).

1. *Pragmatica sanctio Justiniani imperat. anni* 554 (?) ch. XI, adressée au Préfet d'Italie : « *Jura insuper vel leges codicibus nostris insertas, quas jam sub edictali programmate in Italiam dudum missimus, obtinere sancimus*, etc... », page 679 des *Observ. ad. codic.* des Pithou.

2. *Ant. med. œvi.* t. II, p. 144 et suiv. et surtout p. 168.

3. Giraud. *Essai sur l'hist. du dr. fr. au moyen-âge*, p. 206 et 207.

Ce qui semble être décisif, c'est que les lois, les formules barbares (1) et les capitulaires (2), qui font plusieurs fois mention de l'emphytéose, se rapportent en réalité à des biens de l'Église (3). De même, le petit traité du droit romain usuel qui a pour titre : *Petri exerptiones legum romanorum* (4), ne fait mention de l'emphytéose qu'en traitant des biens ecclésiastiques ; il ne la rappelle pas en parlant des conventions usitées entre les particuliers. De plus, ce texte, quoiqu'il se rapporte à l'emphytéose byzantine, selon la conjecture très plausible et généralement adoptée de Savigny (5), n'est pas antérieur à la seconde moitié du XIe siècle, époque à laquelle le droit de Justinien avait déjà pénétré en France. Il ne prouve donc rien pour le temps qui nous occupe actuellement.

Il serait faux d'argumenter de l'existence de l'emphytéose byzantine en Italie, pour l'étendre à la Gaule. Les compilations de Justinien ne franchirent pas les limites de la Haute-Italie ; elles ne pénétrèrent en France que bien plus tard : à l'époque de la rénovation des études du droit romain, alors que les idées féodales avaient depuis longtemps prévalu (6).

1. Bignon, *sur Marculfe*, liv. II, ch. 5 et 40, et *sur l'appendice*, ch. 28 (t. II, p. 931, 950 et 962. Baluze, *capitul.*).

2. *Capit. Ludov. Pii*, 55 ; Lothar., I, 84. Pertz ; et *Capit. Carol. Magn. apud* Baluz, t. I, p. 746 et 1166 et t. II, p. 241.

3. A l'exception peut-être de la loi des Lombards : *Leg. Long.*, lib. III, t. I, § 37 et tit. 10, § 4, Walter.

4. Liv. I, ch. 60 (dans Savigny, *Hist. du dr. rom. au moyen-âge*, t. IV, appendice, p. 315).

5. *Op. laud.*, t. II, n° 50.

6. Une lettre de Charles le Chauve au pape Adrien III (878) et un canon du concile de Troyes (878), sont les plus anciens documents où il soit fait mention du droit de Justinien en France. Giraud. *op. laud.* t. I, p. 229.

SECTION II

DU « LIBELLARIUS CONTRACTUS »

C'est un contrat décrit pour la première fois par l'empereur Léon le philosophe, dans une de ses Novelles (1), dans les termes suivants : « ..... Narratum est,.... quum domus in emphyteusin « datæ sint, jam tempore pacto decurso, et locationis termino, et « possessionis renovatione instante, non fieri statutam aliquam « solutionem, quam peculiari nomine εἰσδέκτικον vocant, sed ut « præpositis pro ipsorum avaritia visum sit, ita talibus exactio- « nibus domum possessores perægravari. Id igitur et omnibus « quidem grave existere, longe vero gravissimum pauperioribus « esse videntes, propterea quod ita ipsis durior egestatis neces- « sitas imponitur, ne id amplius fiat, lege cavemus, sed ut certa « quantitate ad duplum emphyteutici canonis constituenda solu- « tio definiatur, adscripta scilicet omni illatione in locationis ins- « trumentis, et damni nulla novatione allata, nec vero in pro- « prium præpositorum quæstum interversa, dum illi non domum « utilitati consulant, sed ut sceleste sibi lucrum parent, illam rem « faciunt. »

Ce contrat, que les anciens commentateurs (2) du droit romain désignent sous le nom de : « *libellarius contractus* (3) », n'était

1. *Imp. Leonis August. constitut.* XIII (dans le *Corpus academicum juris civilis*, éd. Galisset (Paris 1856) col. 1131).

2. Cujas. *Recitat. solemn.* ad tit. Cod. *de jure emphyteutico.*

3. Il faut remarquer que cette expression paraît ne pas avoir eu un sens aussi précis, si nous en croyons les définitions diverses et contradictoires des anciens auteurs du XVIe siècle. Dumoulin, sur la *Coutume de Paris* § 75, nº 42 nous apprend, qu'on s'en est servi comme d'un terme générique très élastique, indistinctement appliqué à toute sorte de concession, plutôt qu'employé pour caractériser un titre particulier de concession.

autre qu'une concession de terre faite moyennant le payement d'un prix immédiat et d'une redevance annuelle pour une durée expressément limitée. A l'expiration du terme, le concessionnaire pouvait exiger le renouvellement de la concession, mais à charge pour lui de payer une somme fixée par les parties ou à défaut par les juges, et que l'empereur Léon fixa à forfait, au double du canon annuel.

On voit combien ce contrat était différent de l'emphytéose ; d'abord, il était nécessairement temporaire (1) ; tandis que l'emphytéose ne l'était que par exception. De plus, rien de semblable à cette faculté accordée au concessionnaire de renouveler le contrat, dans le cas où il payerait le double du prix, n'existait dans le contrat emphytéotique.

Cujas, qui fournit quelques renseignements sur cette matière, nous dit, qu'il faut considérer le *libellarius contractus* comme une vente, transférant pour un temps la propriété du fonds ; seulement, cette vente était faite sous condition résolutoire, à savoir : que l'acheteur payerait la rente annuelle et, en outre, certaine somme à chaque renouvellement du titre.

Rien de semblable n'existait dans l'emphytéose. On a vu que ce contrat était une convention prenant place entre la vente et le louage. Ici, au contraire, on se trouve en présence d'une vente proprement dite.

De cette grave différence entre l'emphytéose et le *libellarius contractus*, on peut conclure : que, dans l'hypothèse de ce dernier contrat, le concessionnaire, ayant la qualité d'acheteur et de propriétaire intérimaire, devait jouir de droits plus étendus que ceux de l'emphytéote ; que le concessionnaire n'était pas obligé de payer au concédant le *laudemium*, s'il lui plaisait d'aliéner le fonds.

1. On ne peut dire qu'il est perpétuel qu'en ce sens, qu'il dépend du concessionnaire de le renouveler indéfiniment.

On peut signaler encore d'autres différences secondaires : Le *libellarius contractus* comporte nécessairement une *scriptura*, c'est l'origine de son nom (*libellus* et ses dérivés signifient primitivement l'écrit par lequel cette concession se demandait) ; nous avons admis, au contraire, que cette condition n'est nullement indispensable pour l'emphytéose proprement dite (1).

Cujas, parle aussi de la *lex meliorationis* que l'emphytéose contenait toujours et non le *libellarius contractus* ; mais nous n'avons pas admis cette condition de l'emphytéose. Disons seulement, que l'emphytéose a été inventée et pratiquée en vue de fonds stériles et que le but du *libellarius contractus* ne semble pas avoir été le même.

En résumé, il n'y a aucune conclusion à tirer du régime de l'emphytéose à celui du « *libellarius contractus.* »

Cependant, il faut bien reconnaître, qu'il existe entre ces deux contrats une analogie profonde ; c'est là, ce qui nous a amené à les rapprocher l'un de l'autre.

La propriété n'était pas transférée d'une manière définitive, pas plus dans le *libellarius contractus* que dans l'emphytéose. Ceci pourrait bien faire supposer que le premier contrat ne fût dans le principe qu'une variété du second ; on pourrait peut-être en trouver la preuve dans ce fait, que le *libellarius contractus* s'appliquait aux biens ecclésiastiques et qu'il ne fut imaginé que pour éluder l'inaliénabilité des biens de l'Église (2).

C'est à cause de cette analogie et de ce que la Novelle de l'empereur Léon est intitulée : « *de perpetuis emphyteusibus* »,

1. En ce qui concerne les emphytéoses ecclésiastiques, un écrit était indispensable comme dans tous les *negotia solemnia*. Cet écrit est appelé *libellus emphyteuticus* dans les diplômes rapportés par Marini (*Papiri diplom.* p. 147 à 149).

2. Pépin le Halleur, p. 175.

que plusieurs auteurs (1) ont conclu qu'il y a identité entre l'emphytéose et le *libellarius contractus*, qu'il n'y a entr'eux que quelques différences résultant de certaines règles tout à fait particulières : les unes dérivant du droit romain spéciales à l'emphytéose, les autres d'origine canonique, applicables seulement aux *libellarius contractus*.

SECTION III.

DE LA PRECARIA.

Après l'invasion des barbares, au moment où la société croulait de toutes parts et où les ruines s'amoncelaient, l'Église, protectrice du faible contre le fort, avait su imposer par sa dignité. Les rois ne se montrèrent pas ingrats ; ils se firent un point d'honneur et de piété, de multiplier sans cesse leurs cadeaux : l'Église reçut de riches concessions de terres et obtint des exemptions de juridiction, des dispenses de redevances et autres immunités.

Les particuliers eux aussi, firent de nombreuses concessions volontaires : « *pro animæ meæ remedio* » ; mais, très-souvent, les petits propriétaires ne consentaient à se dépouiller de leurs biens que pour échapper à l'oppression, à l'envie et à la rapacité des grands. Entre les hommes puissants, la *recommandation* donnait quelquefois naissance aux bénéfices dont nous parlerons bientôt. Dans les rapports des puissants avec les faibles, il y eut des concessions d'un ordre moins élevé : on recommandait sa personne et ses biens à l'Église, par le désir d'obtenir sa protection et de profiter de ses immunités. C'est alors qu'intervint entre

1. M. Garsonnet, *op. laud.* p. 263 et 466 et les auteurs qu'il cite. M. Giraud, *op, laud.* t. I, p. 201 ; Muratori : *antiq. méd. œv.* t. II, 36e dissert. *Princip.*

l'Église et ces personnnes, certaines concessions que l'on appelaient *precariæ* ou *præstariæ*.

Il n'est guère douteux que le *precarium* romain, que nous avons déjà comparé à l'emphytéose, singulièrement élargi et transformé, ne soit l'origine de ces concessions si nombreuses à l'époque franque.

Mais l'expression *precaria* n'a pas dans les chartes du moyen âge, une acception aussi précise et aussi rigoureusement déterminée, que celle du mot *precarium* dans les textes des jurisconsultes classiques : elle s'appliquait à des concessions très sensiblement différentes.

Voici les différentes formes de la *precaria* ecclésiastique. On peut les ramener à trois :

a. — L'Église très souvent, pour exciter le zèle des fidèles et les provoquer à lui donner leurs biens, abandonnait la jouissance en usufruit de certains domaines, à celui qui donnait en retour la nue-propriété ou la pleine propriété des biens qui lui appartenaient. A sa mort, l'Église devenait pleine propriétaire de biens dont elle avait déjà la nue-propriété.

b. — Un particulier faisait donation à l'Eglise d'un bien qu'on lui concédait en pleine propriété ; puis, il sollicitait immédiatement d'elle, la concession viagère de ce bien. C'est le cas le plus commun.

c. — Enfin, l'Eglise concédait en précaire à un particulier une portion de son patrimoine ; quelquefois, elle le faisait par une libéralité spontanée ; mais souvent ce genre des concessions lui furent imposées par les rois (1).

Quelques auteurs, ont confondu la *precaria* et l'emphytéose ; et des chartes du XIe siècle, rapportées par Muratori (2), qualifiaient

1. Baluze, t. I, p. 149 et 826 ; t. II, p. 74 et 109 ; p. 74.
2. *Op. laud.* t. II, p. 173 et *seq.*

du même nom ces deux contrats. Nous n'allons pas aussi loin que ces auteurs ; nous pensons qu'il existait des analogies profondes, mais aussi des différences capitales, dont voici quelques-unes :

D'abord, la redevance était de l'essence de l'emphytéose, le cens était seulement de nature de la *precaria*. Il n'y avait que dans le cas où l'Eglise concédait ses terres en précaire, par une libéralité spontanée, que la concession était toujours faite à charge de cens ; car l'Eglise n'avait pas le droit d'aliéner à titre gratuit.

De sa nature, la *precaria* était temporaire et l'usufruit se réunissait à la nue-propriété par consolidation, en faveur de l'Eglise, après la mort du titulaire. L'emphytéose, au contraire, était de sa nature perpétuelle, et ce n'est qu'exceptionnellement qu'elle était temporaire. A cet égard, cependant, il importe de rappeler que l'emphytéose ecclésiastique ne pouvait pas être constituée à perpétuité.

A raison de l'importance de la *precaria*, un écrit devait toujours être rédigé (*precaria*, c'est-à-dire, *carta*, *epistola precaria*), et il était de nature de renouveler ce titre tous les cinq ans, sans doute, afin d'éviter les usurpations (1). Aucune de ces formalités n'étaient exigées dans l'emphytéose.

La *precaria* ne conférait en principe au concessionnaire, que des droits analogues à ceux de l'usufruitier : « *usufructuario nomine* », disent les textes. L'emphytéose, au contraire, conférait des droits plus étendus, analogues à ceux du propriétaire. Il paraît cependant, qu'on avait accordé au précariste une jouissance plus complète ; car les formules nous disent, qu'après son décès, le bien retournait à l'Église, « *cum omni re meliorata* » ; il avait donc le droit d'améliorer, comme l'emphytéote.

Le précariste, à la différence de l'emphytéote, ne pouvait aliéner dans aucun cas son droit, sans le consentement du concédant, sous peine de déchéance.

1. Pertz, *Monum. légal.* I, 29 et Bened. Levita, V, 198.

Le défaut du payement du cens, entraînait également la déchéance du précariste ; mais il a fini, à la différence du canon emphytéotique, par n'être sanctionné que par une simple amende, ordinairement le double du cens primitif (1).

La *precaria*, à l'exemple de l'emphytéose, mais à la différence du *precarium* romain, conférait un droit qui n'était pas révocable au gré de l'Église, du concédant.

Le précariste, a-t-il pu comme l'emphytéote, transmettre son droit à ses héritiers ? La *precaria* était en principe, une concession temporaire faite soit pour un certain temps, soit pour la vie du preneur et celle de sa femme. Toutefois, on ne tarda pas à introduire des dérogations à cette règle. Quand la concession intervenait à la suite d'une libéralité reçue par l'Eglise, le donateur ne manquait pas souvent de réserver le droit à ses descendants. L'Eglise consentait même fréquemment à laisser les enfants du bienfaiteur jouir des biens donnés à précaire, en dehors de toute convention. Lorsque les concessions portaient sur le patrimoine de l'Eglise, tout dépendait de son bon vouloir. Il paraît cependant, qu'après le capitulaire de Leptines, le droit de retour à l'Eglise ne fut guère respecté, et que les précaristes tendirent à rendre leurs possessions héréditaires. Telle a été, à toute époque, la tendance naturelle des longs baux.

La *precaria* n'a pas tardé à passer du droit ecclésiastique dans la pratique civile. La loi des Wisigoths et les formules de Mareulfe en fournissent de exemples au VIIe siècle et dès la fin du VIe (2). Les mêmes règles, avec quelques différences de détail, étaient applicables. La *precaria* et les affranchissements des serfs sont, suivant notre honorable maître M. Lefebvre, l'origine de la censive (3).

1. Baluze, t. II, p. 824.
2. *Lex Wisigothorum*, X, 1, c. 12 ; formules de Morculfe, II, 41.
3. A son cours de droit coutumier (leçon du 3 février 1882).

La *libellarius contractus* et la précaire sont des institutions d'origine romaine. Voyons maintenant, quelques institutions dont l'origine doit être recherchée dans les mœurs et le droit germanique.

SECTION IV

DE L'HOSPITALITAS

Une des particularités les plus curieuses de cette époque transitoire, pendant laquelle les Germains s'implantèrent dans le sol Gaulois, c'est l'institution désignée par les documents contemporains, sous le nom d'*hospitalitas* (1).

Le caractère de cette institution germanique, dont l'existence ne fut pas de longue durée, est appréciée à des points de vue bien différents par les auteurs. Les uns, y ont vu un contrat intervenant entre le barbare et le romain propriétaire du sol, par lequel, le barbare louait ses services moyennanant une quote-part dans les fruits (un tiers pour les Lombards et les Burgunds) et le logement. « Le barbare, dit M. Fustel de Coulanges (2), était sur son lot de terre un cultivateur, un travailleur, une sorte de métayer. Il « partageait » le lot avec son propriétaire, en ce sens, qu'après l'avoir cultivé il en partageait les fruits. »

Cette opinion est peu admissible, car ce serait faire du barbare une sorte de métayer, et cette situation semble peu compatible avec le caractère de ces tribus germaines, qui ne devaient pas si facilement embrasser un état sédentaire et une situation néces-

1. Nous avons ici supposée plausible la conjecture de M. Guizot, IVe *Essais sur l'histoire de France*, § 3, p. 122. Le savant historien reconnaît bien que la stipulation du tiers des fruits n'est attestée que pour les Lombards, cependant, dit-il, le fait a dû être partout à peu près le même.

2. *Invasion Germanique au Ve siècle* (dans la Revue des Deux-Mondes, du 15 mai 1872, p. 260).

sairement dépendante à l'égard des indigènes. « Quand les barbares prirent des terres, ce fut pour en vivre, non pour les cultiver » dit fort bien M. Guizot (1). D'autres auteurs (2) voient dans l'*hospitalitas* un effet de l'arbitraire qui dut régner à cette époque. Le barbare ne savait pas d'abord, ou ne voulait pas cultiver ; il trouvait plus simple de s'installer comme hôte, *hospes*, chez le romain, sans lui ravir sa terre ; mais en exigeant de lui le logement et la nourriture, à la manière des légions romaines et des troupes auxiliaires qui campent chez les habitants des villes ou des campagnes (3).

Cette opinion est plus vraisemblable et se trouve justifiée par les textes de la loi Burgonde, qui conservent à l'indigène la propriété des terres : *quæ hospitalitatis jure a barbaris possiderentur* (4).

Comme elle revient à dire que les Romains ont conservé la propriété de toutes leurs terres, à charge d'abandonner aux Barbares une partie des fruits (*tertia pars*), on peut voir dans l'*hospitalitas* une location perpétuelle ou à long terme, une sorte de bail à rente qui s'est établi, par le fait, entre le romain débiteur, qui garde le *dominium* et la possession et le barbare créancier, qui n'a droit qu'à une redevance en nature (5).

Quelques auteurs (6) cependant, ont vu dans l'*hospitalitas* une sorte de partage de la propriété entre le Romain et le Barbare, et l'ont assimilée à l'emphytéose, en faisant ainsi, du Barbare un propriétaire et du Romain un emphytéote : mais cette opinion

1. *Op. laud.* p. 121, (4e *essai*, ch. 1, § 3).
2. Eichorn : *Histoire politique et juridique de l'Allemagne*, t. I, p. 163 et suiv. Guizot, *op. laud.* p. 121 et 122.
3. Cod Théod. et Cod. Just. titres : *de erogatione militaris annonæ.*
4. *Lex Burgund*, tit. LV.
5. M. Garsonnet, *op. laud.* p. 190.
6. Pépin le Halleur, *op. laud.* p. 188 et suiv. ; Lefort, *op. laud.* p. 153.

nous semble peu justifiée. Le texte même cité plus haut de la loi des Burgunds en démontre l'inexactitude, car il interdit au Burgund d'intervenir en justice, dans les procès dont ces terres pouvaient être l'objet. On ne saurait donc donner le nom d'emphytéote à celui qui conservait la propriété pleine, quelle que fut l'importance de la redevance dont le fonds se trouvait grevé.

SECTION V

LES TERRES TRIBUTAIRES

Sous le nom de terres tributaires nous désignons, non pas des terres qui paient un impôt public, mais les terres que les grands propriétaires du moyen-âge abandonnaient en jouissance, à charge d'une redevance, tribut ou cens (*terra censilis*), à des personnes appartenant à plusieurs classes de la société : hommes libres, colons, lites et serfs.

§ 1. — *Des terres concédées à des hommes libres*, mansoarii *à charge de redevances et de services.*

Dans le *Comitatus*, dont Tacite (1) nous a tracé le tableau, il y avait des dégrés : les compagnons d'un rang inférieur, établis sur le domaine de leur patron, y reçurent des terres, des *manses*, qu'ils possédèrent sous certaines charges (2).

Après l'invasion, à raison même de l'abandon de l'existence aventureuse et vagabonde des anciens Germains, l'usage des concessions de terre fut très répandu. Les *mansoarii* étaient en

1. *Morib. Germ.* XIII, XXV.
2. Baluze, t. I, p. 611 et t. II, p. 187.

principe des hommes libres ; mais il y aurait peut être quelque exagération à prétendre qu'un semblable rapport entre le concédant et le concessionnaire, restait sans influence sur la condition personnelle de ce dernier, à une époque où il n'y avait pas de complète liberté sans la possession d'une terre en pleine propriété : suivant la loi romaine, ou en alleu, suivant la loi barbare. Toutefois, une pareille situation ne portait aucune atteinte aux droits essentiels d'homme libre, et par conséquent, on est suffisamment autorisé à la mettre en comparaison avec celle résultant de l'emphytéose.

Les concessions faites aux *mansoarii* étaient ordinairement à titre héréditaire. Il n'est pas probable qu'il y ait jamais eu des règles bien précises sur l'étendue des droits du concessionnaire. On peut affirmer cependant, que les *mansoarii* ressemblaient beaucoup aux emphytéotes, en ce qu'ils n'avaient qu'un *jus in re aliená*, qu'ils devaient acquitter une redevance annuelle, soit en argent, soit en nature.

Le quantum de cette redevance, à l'exemple de celui du canon emphytéotique était trop modique ; on y voyait plutôt la marque de la dépendance que le prix d'une location. Comme l'emphytéote, le *mansoarius* jouissait de la fixité de cette redevance et de la stabilité de son droit ; il n'était pas attaché à la glèbe et il pouvait aliéner sa tenure. Mais voici les différences certaines : Le *mansoarius* pouvait à son gré abandonner ou renoncer à la concession ; l'emphytéote ne jouissait pas, du moins à notre avis, d'une pareille faculté.

Le *mansoarius* était soumis à des services personnels de différentes natures, comme ceux relatifs à la culture, aux charrois, aux corvées, etc. L'emphytéote n'était pas assujetti à de semblables services, sauf stipulation contraire.

Les *mansoarii* passaient sous la juridiction du *senior* ou seigneur. Il importe de ne pas confondre cette justice patrimoniale,

qui s'exerce en vertu du droit de propriété seul, avec la justice d'immunité, qui est une concession formelle émanée de l'autorité royale.

§ 2. — *Des terres recommandées et soumises à des redevances.*

La recommandation devait fatalement se produire à une époque, où la misère était la condition commune et où la force régnait sans partage.

Au lieu d'une liberté onéreuse exposée aux attaques des grands et de droits que la puissance publique était hors d'état de défendre, les faibles étaient arrivés à préférer la protection des hommes puissants.

Le propriétaire d'alleux, une touffe de gazon ou un rameau à la main, se présentait devant l'homme puissant (*senior*), lui laissait sa propriété libre, et la recevait aussitôt à titre de bénéfice, pour en jouir, la transmettre et en disposer comme il lui conviendrait, dans ce nouvel état qui n'apportait à sa condition d'autre changement, que de lui donner un supérieur et un patron territorial. Cet acte s'appelait la *recommandation* (1).

D'autres propriétaires d'alleux, plus faibles encore que les précédents, — se présentaient devant leur redoutable voisin, tenant à la main, non-seulement une touffe de gazon ou un rameau, mais les cheveux du devant de la tête, et lui recommandaient de la sorte leur personne et leurs propriétés.

La condition de ces recommandés se rapprochait beaucoup des hommes libres, appelés *mansoarii*, dont nous avons parlé ci-dessus : les uns comme les autres passaient sous l'autorité et la juridiction du seigneur. Voici pourtant les différences :

1. Marculf, lib. I, form. XIII et form. XXIV. Guizot, *op, laud.* IVe essais, ch. 1, p. 114.

Le *mansoarius* n'avait, sur la terre concédée, que les droits compris dans l'expression romaine de *jus in re aliena* ; le *commendatus*, au contraire, restait propriétaire, à vrai dire, de la terre recommandée et reçue à titre de terre tributaire : le *senior* ne se réservait qu'un droit réel.

L'un et l'autre étaient assujettis à payer le cens ; mais, tandis que le *mansoarius* était astreint à des services personnels, le *commendatus* semble n'y avoir été soumis que par suite d'abus de pouvoir (1).

Le droit de transmettre à titre héréditaire paraît avoir fait des difficultés pour le *mansoarius*, ou du moins en fait, on avait l'habitude de stipuler au moment de la concession les conditions à cet égard ; tandis que pour le *commendatus* ce droit lui était sans doute reconnu de plein droit.

Certaines fautes du seigneur faisaient recouvrer au *commendatus* la pleine propriété ; ce qui n'avait pas lieu au profit du *mansoarius*.

Sur un point, il y avait ressemblance absolue entre eux : ils pouvaient se soustraire par l'abandon de leur tenure, aux charges que leur imposait une pareille sltuation ; car ces charges étaient réelles, inhérentes au fonds. Il est à peine besoin de dire, que sur ce point encore, le *commendatus* différait de l'emphytéote.

§ 3. — *Des terres concédées à des hommes de condition servile.*

Les grands propriétaires, indépendamment des concessions qu'ils faisaient, à titre de bénéfices aux hommes qu'ils voulaient s'attacher à eux, concédaient, moyennant certaines prestations, une grande partie de leur domaine, à de simples colons, lides ou

1. Laboulaye, *op. laud.* p. 289.

serfs (les manses : *ingenuiles*, *lidiles* et *serviles*). Ces concessions donnaient naissance à une situation qui ne manque pas d'une certaine analogie avec l'emphytéose ; aussi, nous nous croyons autorisés à dire quelques mots seulement sur la condition juridique de ces tenanciers serviles, dont le *Polyptyque d'Irminon* nous a laissé un curieux tableau (1).

1. *Les colons.* — Cette classe de personnes n'avait pas disparu avec la puissance romaine ; elle se maintint au contraire dans la société germaine, soumise à la loi romaine ou à quelque régime analogue. Elle devait comprendre un nombre très considérable de personnes, car il y avait des colons sur les terres ecclésiastiques, les domaines royaux et les possessions privées.

L'institution du colonat tomba en décadence sous la domination franque, car le droit romain n'avait pas admis qu'on imposât au colon des travaux serviles, tandis que le droit barbare lui exigea à titre de charges réelles des services corporels, connus plus tard sous le nom de corvées. De même que le colon jouissait d'une liberté imparfaite, de même il avait la jouissance imparfaite du droit de propriété.

La tenure du colon était héréditaire et irrévocable en principe. Le colon jouissait en droit, au moins, de la fixité de redevances annuelles et de charges avillissantes. Il avait le droit de poursuivre ses droits en justice. Les colons étaient soumis au *census capite*, au droit de for-mariage, au droit d'héritage du maître, ou tout au moins au payement d'une redevance lors de chaque mutation de la tenure. La composition (*wehrgeld*) du colon était égale à celle d'un romain.

Bien qu'attachés à la glèbe et soumis aux travaux serviles, la condition des colons était meilleure cependant, que celles de sim-

1. Pour cette matière nous avons consulté surtout le *Polyptyque* de l'abbé Irminon, par M. Guérard, t. I, p. 233 et *seq.*

ples serfs. Le colon avait droit à posséder outre sa tenure, des concessions à titre de bénéfice, de cens, ou de loyer. Il pouvait même acheter et posséder des esclaves et des serfs. Le colon ne pouvait sortir de son état que par affranchissement ou prescription.

2. *Les Lides* ou lites (*ledi*, *liti*, *lazi*, *aldiones*). — Il s'en faut beaucoup que les historiens et les jurisconsultes tombent d'accord sur l'origine et la composition de cette classe litique. Les opinions les plus variées ont été émises (1). Ce n'est pas le lieu d'entrer ici dans la discussion de cette question. S'il faut absolument avoir une opinion, nous choisissons celle de M. Guérard (2). Si les lides ne sont pas les descendants par le sang des *Læti* de l'empire romain, en d'autres termes, les descendants des Barbares à qui les empereurs avaient concédé des terres en échange de leurs services militaires, ils peuvent avoir emprunté d'eux leur nom et leur état.

Nous pensons avec M. Thonissen (3), qu'il est probable que plus d'un élément était entré dans la composition de la classe des lides.

Outre les affranchis ordinaires que les maîtres maintenaient habituellement dans un état voisin de la servitude, ils étaient pour la plupart, soit des descendants des *Læti*, soit des descendants des tribus germaniques vaincues et obligées à cultiver le sol et rendre des services personnels aux vainqueurs, soit enfin des hommes libres, privés de ressources et de protections, qui se plaçaient *in servitium liti*, pour se procurer un patronage.

Il est plus difficile encore de distinguer les différences entre la condition des lides et celle des colons romains. Ce qui est certain,

1. Voyez un résumé de ces opinions dans : *L'organis. judic. le dr. pénal etc. de la loi Salique* par M. J. Thonissen, p. 142 (2e édit. 1882).

2. *Op. laud.* t. I, p. 275; comp. M. Giraud : *Hist. du dr. fr. au moyen-âge* t. I, p. 186 et t. II, p. 194.

3. *Op. laud.* p. 143 et 144.

c'est que le lide avait droit à un *wehrgeld* plus fort que celui du colon : il était égal à la moitié de celui d'un homme libre (1).

Les lides jouissaient des droits de famille et de propriété. D'après la *lex salica emendata* (2) et la *lex Frisonum* (3) le mariage ne leur est pas défendu avec les personnes libres ; mais la femme ingénue qui épousait un lide passait avec ses enfants dans la condition de son mari. Le lide pouvait contracter des dettes, recevoir des engagements, citer personnellement en justice même contre le maître. Il était attaché à la glèbe et vendu avec elle ; il encourait les châtiment serviles ; il payait un tribut au maître : le *lidimonium* ; il sortait de son état, soit par le rachat effectué de ses propres deniers, soit par l'affranchissement gratuit du maître.

Il est douteux s'ils faisaient le service militaire pour leur propre compte ou pour celui de leur maître.

Les lides étaient admis comme antrustrions du roi (4).

Ils possédaient des tenures pour lesquelles ils payaient au maître une redevance fixe.

3. *Les serfs.* — Ils sont au bas de l'échelle sociale. Grâce aux idées germaniques et à l'influence du christianisme, la condition des personnes plongées dans l'esclavage s'était améliorée et avait donné naissance au servage. Le serf doit à son maître non plus son corps, ni son bien, mais seulement une partie de son travail et de ses redevances. Le serf jouissait de tous ou presque tous les droits du propriétaire. Il était homme de suite ou de poursuite, c'est-à-dire, qu'il ne pouvait quitter la terre de son maître ou seigneur pour passer dans une terre étrangère. Il ne pouvait aliéner ses biens qu'aux personnes de sa condition et de sa sei-

1. *Lex Frison*, tit. XV, lex *Ripuar.* tit. LXII.
2. Tit. XIII.
3. Tit. VI, § 2.
4. Guérard, *op. laud.*, t. I, p. 356 sec.

gneurie. S'il mourait sans postérité, son héritage était dévolu au seigeur.

Le serf était soumis à la question et aux châtiments serviles.

Il y avait, comme chez les Romains, des serfs de serfs.

Les serfs possédaient des tenures à charge de redevance fixe ; mais en fait, les maîtres abusaient fréquemment de leur puissance (1).

SECTION VI

DES BÉNÉFICES

L'origine des bénéfices est un des problèmes les plus controversés, et tous les publicistes semblent s'être fait un point d'honneur d'avoir chacun leur système personnel. Nous ne parlerons que des systèmes les plus accrédités.

Dans une première opinion, on croit voir l'origine des bénéfices dans ces concessions des terres que quelques empereurs romains prirent l'habitude de faire aux Lètes, aux *gentiles* et aux vétérans, sous la condition d'un service militaire perpétuel.

Nous repoussons ce système, parce qu'il y a des différences considérables entre les concessions romaines et les concessions Germaniques. En effet, toute personne chez les Francs pouvait créer des bénéfices : les simples particuliers comme les rois et comme l'Église, les plus humbles fonctionnaires comme les leudes les plus puissants ; tandis que le souverain seul pouvait récompenser de la sorte les soldats romains. Le territoire était à Rome, concédé à la légion, alors qu'au moyen âge il était à chaque fidèle. Les bénéficiaires barbares n'arrivèrent pas immé-

1. Guérard, *op. laud.*, t. I, p. 307 et suiv.

diatement et tous à l'hérédité juridique alors qu'elle était une condition essentielle pour les concessions impériales. De plus, ce qui est décisif selon nous, c'est que la condition de service militaire qui était attachée au bénéfice militaire romain, n'était nullement inhérente au bénéfice, comme elle a été plus tard inhérente au fief.

Dans une seconde opinion, on voit l'origine des bénéfices dans l'habitude qu'avaient les rois Francs, après l'invasion de gratifier leurs antrustions ou compagnons, avec de concessions de terre, lors de l'admission à l'antrustionat. Cet usage n'était pas à proprement parler une nouveauté ; car, on le trouve pratiqué dans l'ancien *Comitatus* des Germains dont parle Tacite ; avec cette différence essentielle, que les concessions consistaient alors en des repas, des chevaux et des armes (1).

Les bénéfices sont donc, d'après ce système, à peu près aussi anciens que l'établissement des Francs sur le sol gaulois ; ils découlaient nécessairement de l'introduction de la propriété foncière dans les mœurs et les relations sociales (2).

Enfin, un troisième système mixte a été présenté et soutenu par M. Lehuërou (3). Il pense que l'origine des bénéfices n'est ni exclusivement romaine, ni exclusivement barbare ; il reconnaît l'existence de deux sortes d'institutions bénéficiaires ; l'une d'origine romaine (les bénéfices militaires des empereurs), représentée en Gaule par les bénéfices héréditaires, l'autre d'origine germanique, représentée par les bénéfices temporaires ou viagers.

La discussion approfondie de toutes ces opinions nous conduirait trop loin, et nous craignons de nous rendre passible du re-

1. Tacite, *de morib. Germ.* cap. XIV.

2. M. Guizot, *op. laud.*, IVe essai, § 2, p. 88. M. Guérard, *op. laud.* t. I, p. 503 à 526. Deloche, *La trustis et l'antrustion royal* (Paris, 1873) p. 96.

3. *Institutions mérovingiennes*, t. I, p. 356 à 374.

proche d'avoir dépassé les limites de notre sujet. Aussi, nous contentons-nous de dire, que le second système nous paraît préférable.

Les bénéfices allèrent toujours croissant en nombre, de sorte que vers la fin du IXe siècle, ils couvrirent la plus grande partie du sol ; tandis que les propriétés allodiales devenaient de plus en plus rares, surtout dans le Nord.

Une autre question qui divise les historiens et les jurisconsultes est celle de savoir, quelle était l'étendue des droits conférés au concessionnaire par le bénéfice.

Nous ne nous attarderons pas à exposer les différents systèmes. Il suffit de dire, que l'opinion de Montesquieu (1), Robertson (2) et Mably (3), d'après laquelle, les bénéfices auraient été d'abord révocables et toujours à la disposition du donateur, donnés ensuite pour un temps déterminé, plus tard concédé à vie, et enfin héréditaires, aujourd'hui ne compte presque plus de partisans. Elle a victorieusement été réfutée par M. Guizot (4), avec des arguments et preuves qu'il serait long de reproduire ici. L'opinion de l'illustre historien est, qu'à toutes les époques, du Ve au Xe siècle, les bénéfices ont revêtus ces quatre formes différentes, non point d'une manière successive suivant une marche régulière et systématique, mais simultanée.

Tout porte à croire cependant, dit M. Guizot, qu'originairement et communément les bénéfices étaient concédés à titre d'usufruit et à vie, et que le cours des choses tendait constamment à les rendre héréditaires.

Ce système compte un grand nombre des partisans (5).

1. *Esprit des lois*, liv. XXX, ch. 26.
2. *Introd. à l'hist. de Charles-Quint*, note 7, § 3.
3. *Observat. sur l'hist. de France*. liv. I, ch. 4 et suiv.
4. *Op. laud.*, IVe essai, p. 89 et suiv. *Hist. de la civil. en France*, t. III, p. 34.
5. M. Fustel de Coulanges. *Origines du régime féodal* (dans la *Revue des Deux-*

Tout en admettant en principe ce système, nous remarquons avec plusieurs auteurs, qu'il n'est pas exact de dire que la concession du bénéfice a revêtu la forme temporaire. C'est par une confusion évidente entre le titre de précaire et celui de bénéfice que M. Guizot a été amené à croire qu'il y a eu des bénéfices temporaires.

L'hérédité des bénéfices et des offices fut légalement et d'une façon générale reconnue par le capitulaire de Charles le Chauve, en 877, à Kiercy-sur-Oise.

Les obligations attachées à la possession des bénéfices, suivant une opinion générale, demeurèrent longtemps exprimées par le mot vague de *fidélité*. Le devoir de fidélité a été le caractère distinctif et comme la nouveauté de cette tenure.

C'est seulement vers la fin de la première race et sous la seconde, que les obligations du bénéficiaire devinrent plus explicites et passèrent dans les lois positives. Elles se rangèrent alors sous deux chefs principaux : obligation au service militaire à la réquisition du seigneur, et obligation de fournir certains services civils ou domestiques auprès de sa personne et dans sa maison (1).

Ces idées, comme le remarquent fort bien mes honorables maîtres, MM. Garsonnet (2) et Cauwès (3), ne sont pas parfaitement exactes. Il n'est pas vrai que par la concession du bénéfice, le bénéficiaire fût obligé à la fidélité, puisque cette obligation est préexistante, dérive de la recommandation : c'est comme recommandé que le bénéficiaire la devait ; recommandé et non pourvu d'un bénéfice, il y eût encore été tenu. — Il en était de même, quant aux services domestiques et de guerre.

Mondes, 15 mai 1873), p. 464, croit que le mot bénéfice est en contradiction absolue avec le mot *hérédité*. Comp. Deloche, *op. laud.*, p. 235.

1. Guizot. *Essais*, p. 103.

2. *Op. laud.*, p. 241.

3. *A son cours d'histoire du droit romain et français*, professé à la Faculté de droit de Paris, année 1881-1882.

Ces obligations étaient donc personnelles au bénéficiaire, comme la recommandation elle-même ; si elles étaient réelles, alors les bénéfices se confonderaient avec les fiefs. En effet, à la fin du xe siècle, nous voyons la contre-partie : les devoirs du bénéficiaire, sont considérés comme une conséquence de la concession du bénéfice, c'est-à-dire, comme de pures charges foncières.

On peut résumer ainsi les obligations du bénéficiaire. — *a*. Pourvoir à l'entretien et à l'amélioration des terres bénéficiales. — *b*. Ne pas convertir en propre son bénéfice sans la permission du seigneur. — *c*. Fournir le service promis comme prix de la concession. Ce service pouvait consister soit en une fonction à remplir, soit en un service militaire d'une nature toute spéciale à fournir, soit enfin, en une redevance à payer ou corvée à faire. En cas d'infraction à ces obligations, le bénéficiaire perd ses terres bénéficiales, et en particulier la terre sur laquelle ou à l'occasion de laquelle il a manqué à ses obligations.

Il faut remarquer pourtant, que plusieurs auteurs n'admettent pas que le bénéfice proprement dit eût imposé d'autres charges que le service militaire. Ils opposent cette sorte de bénéfice aux bénéfices censives ou à charge de redevance.

Ainsi constitués, les bénéfices ne manquent pas de ressemblance avec l'emphytéose, en ce que dans l'un comme dans l'autre cas, il y a démembrement de la propriété, à charge des prestations, ayant un caractère personnel et sous peine de déchéance. Mais les différences sont notables : L'emphytéose est de sa nature perpétuelle et, par exception, temporaire. Le bénéfice est ordinairement viager et ce n'est que plus tard que l'hérédité prit le caractère de droit commun. L'emphytéote n'est pas obligé aux services d'ost et de cour ; il ne passe pas sous la juridiction de celui-ci, comme le bénéficiaire. Le droit de transmettre entre vifs a été reconnu dès le principe à l'emphytéote, tandis qu'à l'égard

du bénéficiaire il est probable que cette question a suivi la même marche que celle de l'hérédité.

Enfin, les bénéfices diffèrent de l'emphytéose par leur origine, leur but et leur importance décisive dans l'histoire des institutions européennes.

Nous avons terminé avec les institutions qui reproduisirent le caractère distinctif de l'emphytéose, pendant la période du ve au xe siècle : elles servent de transition entre l'emphytéose et les institutions de même nature que nous présente l'époque féodale.

Il nous reste à faire une remarque fort importante. Les différentes classes des possesseurs : hommes libres, colons, lides et serfs, tendaient de plus en plus à se fondre en une seule : c'est ce qui arriva vers le xe siècle. Deux causes concoururent à ce résultat : d'un côté les travaux serviles que les seigneurs exigeaient des petits bénéficiaires hommes libres, sans tenir compte des nuances qui les distinguaient des gens de condition servile ; de l'autre côté, l'hérédité des tenures et la fixité des redevances, reconnues à tous les tenanciers sans distinction aucune. Ainsi, par l'abaissement de la condition des hommes libres, et par l'amélioration de la condition des personnes plongées dans la servitude, on arriva à une condition sociale, commune.

Les classes agricoles finissent par acquérir, de génération en génération, de nouveaux droits sur le sol qu'elles faisaient valoir; elles s'élevèrent peu à peu du servage à la propriété utile. Mais de la propriété utile à la pleine et entière propriété, il n'y avait qu'un pas à faire. Cette évolution fut l'œuvre lente des siècles, elle commence au milieu de l'époque féodale et aboutit à la Révolution française; elle remplit donc toute la période que nous allons étudier.

CHAPITRE II

L'EMPHYTÉOSE DEPUIS L'AVÉNEMENT DE LA FÉODALITÉ JUSQU'A LA RÉVOLUTION FRANÇAISE.

Il serait en dehors de notre sujet de nous étendre sur les origines et l'établissement de la féodalité; c'est un champ encore ouvert aux discussions les plus vives et les plus controversées de la part des historiens et des jurisconsultes. Non-seulement la compétence, mais aussi encore l'érudition nous manquent. Tout ce que nous pouvons constater ici, c'est que déjà à la fin du IXe siècle, après le fameux capitulaire de Kiercy-sur-Oise (877), la royauté est déchue du premier rang; elle tombe au second, comme puissance effective. De cette subordination du gouvernement central résulta le morcellement de la souveraineté. Chaque personnage puissant, pourvu d'une haute fonction de l'État, d'un riche et vaste bénéfice, entouré d'une clientèle nombreuse, commença à se cantonner dans son propre domaine et à se fortifier dans son château. La souveraineté et la société tout entière se démembrent; la vie sociale et le pouvoir se localisent de plus en plus.

Les seigneuries féodales finirent par triompher définitivement sur l'autorité royale à l'assemblée de Noyon, en 996, quand le dernier des Carlovingiens fut renfermé dans la tour d'Orléans par Hugues Capet.

A l'époque des Mérovingiens et des Carlovingiens l'état des personnes fixa la condition des propriétés; la société barbare ou

bénéficiaire reposait tout entière sur la *personnalité* des droits et devoirs. Quand la révolution fut accomplie, ce fut l'état des terres qui détermina la condition des personnes. La société féodale, qu'on nous permette l'expression, reposait sur la *territorialité* des droits et devoirs.

Voilà dans ses grands traits le caractère du régime féodal. « Nulle révolution, dit M. Guizot, n'a été plus insignifiante quand elle s'est faite, et plus féconde en grands résultats (1). »

La féodalité donna naissance à une foule de contrats, dérivant de principes tout à fait nouveaux, variables suivant les régions, et même suivant les provinces.

A côté des grandes institutions qui caractérisent la féodalité : fief, censive, rente foncière, se trouvent les champarts, les bordelages, les locatairies perpétuelles et tant d'autres contrats, tous différents entre eux, et tous également distincts de l'emphytéose romaine.

Quant à l'emphytéose elle-même, nous la retrouvons, mais avec une signification différente, suivant que l'on se trouve au Nord ou au Midi de la France, et dans tous les cas, ne jouant plus qu'un rôle purement secondaire.

Nous ne pouvons pas nous borner dans le présent chapitre à la théorie de l'emphytéose; parce que l'emphytéose de l'époque féodale et monarchique, n'est plus purement romaine, mais mélangée de féodalité. Une double action s'est opérée, en effet.

L'emphytéose romaine a beaucoup influencé la théorie des contrats d'origine féodale; ces derniers contrats ont à leur tour beaucoup influencé la théorie de l'emphytéose. On voit bien donc, que le lien est trop étroit entre ces différentes institutions, et qu'il nous est impossible de les passer sous silence, de ne pas nous arrêter un instant.

1. Essai, IIIe, p. 61.

Mais il nous est également impossible de passer en revue toutes les tenures inventées à cette époque ; nous nous bornerons aux principaux contrats : fief, censive et bail à rente, qui se rencontrent partout avec le régime féodal.

Nous comparerons chacun d'eux avec l'emphytéose byzantine, et nous pourrons ensuite reprendre en particulier l'étude de la théorie de l'emphytéose féodale, dont les caractères essentiels nous seront ainsi connus d'avance.

Nous croyons de cette manière, ne point dépasser les bornes de notre travail, et néanmoins rendre l'étude de l'emphytéose à la fois plus claire et plus intéressante.

SECTION I

DU FIEF

A la fin du xe siècle, époque de l'établissement définitif et régulier de la féodalité, on peut en résumer l'organisation politique et sociale, dans les rapports existants entre le seigneur et le vassal : c'est le fief qui constitue la base et l'unité politique de la situation nouvelle.

On a beaucoup discuté sur le sens, l'étymologie et l'origine du mot *fief*. Nous croyons que *fief* signifie la terre concédée, plutôt que la mouvance ou rapport juridique de subordination entre la terre dominante et la terre servante. Nous croyons également que le mot *fief* ne vient pas du latin *fides*, mais de deux mots du vieil allemand : *feh*, solde, récompense, et *od*, terre, propriété. Fief signifie terre ou propriété donnée en récompense ; il a donc un sens à peu près identique à celui du mot *beneficium* ; aussi

pensons-nous, que les fiefs ne sont autre chose que les bénéfices militaires de la monarchie carlovingienne transformés (1).

Nous allons étudier les principales règles du fief, en nous attachant surtout à celles qui peuvent présenter quelque analogie avec les dispositions étudiées au sujet de l'emphytéose romaine. Sans doute, dans cette vaste et difficile matière des fiefs, les différentes coutumes offrent des dispositions bien discordantes ; mais nous n'entrerons point dans ces détails ; nous nous bornerons aux principaux points, en nous référant le plus possible à la coutume de Paris, qui forme le droit commun de la France féodale et monarchique.

Dumoulin donne la définition suivante du fief : C'est une concession gratuite, spontanée et perpétuelle d'un immeuble ou d'un objet réputé tel, avec translation du domaine utile et rétention du domaine direct, sous la condition de fidélité et de prestation de services : (*sub fidelitate et exhibitione servitiorum* (2).

L'inféodation ou contrat de fief comprend deux actes distincts : la foi et l'hommage, et l'investiture.

Les conséquences de l'inféodation se résument dans le devoir de fidélité (*fiducia*, *fidelitas*, féauté).

Outre le devoir moral de respect envers le seigneur, trois obligations très-précises résultent du devoir de fidélité : le service d'aides (*auxilium*), le service de cour ou de justice (*justicia*, *servitium placiti*) et le service d'ost ou de guerre.

1. M. H. P. Faugeron, dans sa belle thèse de doctorat, présentée à la faculté des lettres de Paris, en 1868, s'attache à démontrer, contrairement à l'opinion généralement admise, que les bénéfices ne sont que de simples *usufruits*, n'emportant aucune obligation de service militaire ; que par conséquent, les fiefs n'ont rien de commun avec les bénéfices. Nous renvoyons simplement à ce remarquable travail.

2. Dumoulin, sur la *coutume de Paris* : titre *de feudis*, introd. n° 114 (t. I, p. 22).

Le service militaire est l'obligation féodale par excellence : c'est pour lui que le fief a été créé, c'est vers lui que convergent toutes les prescripions du droit féodal.

Ces services personnels ont disparu à l'époque coutumière avec la suppression de la féodalité politique et militaire, et ils sont remplacés par des prestations pécuniaires ou profits seigneuriaux.

Le seigneur doit, à son tour, fidélité à son vassal, car l'inféodation est un contrat synallagmatique.

Nous avons à faire une remarque très importante, c'est que les services dus par le vassal au seigneur, ne consistaient jamais dans la prestation d'une redevance ; si une pareille obligation était stipulée par les parties, le fief était mêlé d'emphytéose (1). L'usage avait détourné le mot *fief* de son acception primitive et il désignait, bien qu'improprement, les tenures à charge de redevance (2). Cette dégradation du fief, qui commence au XIIIe siècle (3), eut pour conséquence la confusion du fief et de l'emphytéose de la part des jurisconsultes (4).

Le caractère juridique distinctif du fief était donc la nature des services imposés au vassal. C'était chose facile quand la féodalité était florissante ; mais quand le service militaire du vassal fut tombé en désuétude par la création de l'armée permanente non féodale, il a fallu chercher un autre caractère distinctif : ce fut le dédoublement de la propriété en domaine direct retenu par le seigneur et en domaine utile conféré au vassal ; tel est, du moins, le système qui prévaut à l'époque des coutumes (5). Ce

1. Wolf. *Institutions du droit de la nature et des gens*, t. IV, p. 195.
2. Le fief militaire s'appelait d'un nom particulier : « fief de haubert. »
3. Beaumanoir, ch. 48 (t. II, p. 254, éd. Beugnot).
4. Entre autres, le président Favre, *conject. jur. civ. lib.* II, c. II, et le président Bouhier, sur la *cout. de Bourgogne*, ch. 37, n° 53 et suiv. (t. II. p. 9 et suiv. Dijon, 1788. Dumoulin s'est bien gardé de cette confusion.
5. Dumoulin, *cout. de Paris*, tit. 1, rubr. n° 114.

qui distinguait la directe seigneuriale dérivant d'un fief, d'autres directes seigneuriales, était la foi et l'hommage.

Le vassal, comme l'emphytéote, a sur le fonds tous les droits d'un propriétaire : il peut le transmettre par succession, l'aliéner, l'hypothéquer, le grever de servitudes, etc. Le principe de la patrimonialité des fiefs ne fut admis que comme le résultat d'une transaction entre le vassal et le seigneur, analogue à celle qui assura à l'emphytéote le droit d'aliéner ; c'est pour ce motif que, même à l'époque coutumière, le vassal, bien qu'il eût le pouvoir d'aliéner librement, était obligé de faire notifier par l'acquéreur son contrat au seigneur, lui porter la foi et l'hommage et lui payer certains profits, qui sont le profit de quint en cas de vente ou de contrat assimilés à la vente ; dans tous les autres cas, les droits de relief ou de rachat (1). Sur tous ces points nous avons à remarquer quelques différences avec le contrat d'emphytéote; dans lequel le preneur ne peut pas aliéner sans avoir préalablement notifié son intention au propriétaire et attendu deux mois son consentement, l'acquéreur n'est pas obligé à la foi et hommage; il ne doit pas non plus acquitter le *laudemium*.

Ce droit ne porte que sur le cinquantième du prix de l'aliénation ou de la valeur estimative, et il n'est jamais exigé dans les transmissions à titre héréditaire. Cependant, les coutumes en général, n'admettaient pas le profit de relief pour les mutations héréditaires en ligne directe (2).

Le seigneur ne pouvait pas refuser d'accorder l'investiture au nouveau vassal ; le bailleur emphytéotique avait le droit de refuser la personne du nouvel acquéreur s'il était notoirement insolvable.

1. Art. 23, 33 et 45 de la coutume de Paris. Loisel, t. II, liv. IV, tit. 3, règles 12 à 23.

2. *Cout. Paris*, art. 33; Loisel, t. II, liv. 4, tit. 3, règles 9, 12, 18 à 22 et les notes de Laurière. *Cout.* d'Orléans, art. 22.

Le seigneur a un droit équivalent au droit de préemption ou de prélation accordé au bailleur emphytéotique, c'est-à-dire, il a le droit d'exercer le retrait féodal en cas de mutation par vente ou autre contrat analogue. Un délai de quarante jours seulement lui est accordé à dater de la notification de l'aliénation, dans ce même délai, le seigneur doit acquitter les prix et les loyaux coûts du contrat (1).

Ce retrait, tous les auteurs le font dériver de la loi finale du titre : « *de jure emphyteutico* » au Code; mais voici une différence importante qui le sépare du retrait emphytéotique : c'est que ce dernier, comme dit Pothier (2), est un *jus prælationis in re vendenda*, tandis que le retrait féodal est un *jus prælationis in re jam vendita*.

Le seigneur de même que le bailleur emphytéotique ne peut pas cumuler, d'après le droit commun. le profit de quint et le retrait féodal (3). Le droit de retrait féodal est primé par le retrait lignager (4).

En établissant l'hérédité des fiefs, le droit féodal avait pourvu aux intérêts du seigneur, par l'introduction du principe de l'indivisibilité du fief et la garde du fief en cas de minorité du vassal.

Le partage entre plusieurs vassaux n'aurait peut-être laissé à aucun d'eux des ressources suffisantes pour qu'il pût s'acquitter facilement de ses obligations, surtout celles relatives au service militaire : aussi établit-on que le fief serait indivisible et qu'en conséquence, il passerait tout entier au fils aîné du possesseur : « La loi féodale, dit Montesquieu, força la loi politique et civile (5). »

1. *Cout. de Paris*, tit. I, art. 20.
2. Pothier, *des fiefs*, t. XIX, p. 483 (édit. 1821).
3. Argou, *Institut.* liv. II, ch. II, tit. 1, p. 140.
4. *Cout. Paris*, art. 20.
5. *Esprit des lois*, liv. XXXI, ch. XXXIII.

On pourrait faire un rapprochement entre cette situation et celle des héritiers de l'emphytéote, qui, toujours dans l'intérêt du *dominus*, devaient s'entendre de manière, que le fonds emphytéotique fût attribué en bloc à l'un d'eux par le juge dans l'action *familiæ erciscundæ ;* mais on doit remarquer que les droits d'aînesse est de masculinité, ainsi que l'obligation de service militaire, étaient complètement inconnus dans le contrat d'emphytéose.

Nous avons dit ci-dessus, que le vassal peut aliéner son fief sous le consentement du seigneur, il faut bien remarquer cependant, qu'il ne s'agit là que de l'aliénation du fief tout entier (1), les cas d'aliénations partielles étant assujettis à des règles particulières.

On distingue deux modes d'aliénation partielle : *le démembrement et le jeu de fief.*

Le démembrement (*dismembratio a corpore*) est une aliénation partielle, ayant pour effet de créer plusieurs fiefs séparés, et relevant tous du Seigneur dominant, de telle sorte, que le vassal ne conserve plus aucun droit sur les parties démembrées.

Du treizième au seizième siècle, ce démembrement fut permis sans le consentement du seigneur, mais au seizième siècle il fut restreint par quelques coutumes et supprimé par d'autres.

On appelle *jeu de fief*, le cas où le vassal aliénant une partie de son fief, retient sur cette partie un devoir et la faculté de la garantir sous son hommage envers son seigneur ; de sorte que, ce qui est ainsi aliéné reste toujours partie du même fief, quoi-

1. Beaumanoir, ch. XIV, 25, 26. Cette faculté remontait à une époque très reculée puisque le président Favre disait : « *De consuetudine regni licitum est res feudales vendere extraneis domino in consulto, sicut olim ante tempus Lotharii.* » Ce passage est cité par M. Lefort, *op. laud.*, p. 174.

qu'elle soit un nouveau fief, relevant du vassal (1). En un mot, le vassal par le jeu de fief démembrait *non feudum sed fundum* ; c'est-à-dire, seulement les conditions matérielles de la tenure, sans rien changer au rapport féodal.

C'est pour cette raison que le jeu de fief est réputé non-avenu ou bien une *res inter alios acta*, à l'égard du seigneur; c'est ce qu'on exprime en disant : que le jeu de fief ne donne pas lieu à l'ouverture du fief (2). D'où les conséquences suivantes :

Le vassal continue à porter la foi au seigueur pour la partie aliénée, comme pour celle réservée ; il les comprend toutes les deux dans le dénombrement qu'il doit fournir de son fief, comme s'il était unique propriétaire ; en cas de mutation par vente ou autre contrat analogue, ou par décès, il doit le quint et le relief comme si tout le fief était compris dans la mutation (3) ; enfin, en cas de vente, si le seigneur veut exercer le retrait, il peut le faire même sur la portion dont le vassal s'est joué : l'acquéreur évincé ne pouvait se plaindre, ni réclamer indemnité, car il savait à quoi il s'exposait, d'après la nature du fief (4). C'est en vertu de la même fiction sur laquelle repose le jeu de fief, qu'il n'y avait lieu à aucun profit féodal en faveur du seigneur en cas de jeu de fief (5).

D'après l'article 51 de l'ancienne coutume de Paris, le vassal pouvait se jouer de son fief jusqu'à *démission de foi*. La nouvelle coutume de Paris, sur les observations de Dumoulin, soumit le jeu de fief à trois conditions : *a*. Que l'aliénation au plus n'excédât pas les *deux tiers* du fief.

1. De Laurière, note sur la règle 90 du liv. IV, tit. III. *Instit. cout. de Loisel*.
2. Art. 52. *Cout. de Paris*.
3. Duplessis. *Traité des fiefs*, liv. IX, ch. 3. Bourjon, *Droit commun de la France*, du dénombrement, n° 3.
4. Brodeau, *sur l'art.* 52 *Cout. Paris*, n°s 3 et 4.
5. De Laurière, *sur l'art.* 51 *Cout. Paris*.

b) Que le vassal retînt la foi entière ; *c*) que le vassal retînt, en en outre, un droit domanial ou seigneurial : un cens ou une rente en signe du droit qu'il conservait et à raison duquel il continuait à devoir la foi et l'hommage. Les infractions aux diverses obligations du vassal étaient sanctionnées suivant leur nature et leur gravité.

Le seigneur a la *saisie féodale*, qui est une véritable résolution temporaire de la concession ; d'abord, pour le cas où le vassal manquait au devoir de porter la foi et l'hommage : saisie faute d'homme ; ensuite, pour les cas de refus de donner aveu ou dénombrement, ou de payer les profits seigneuriaux.

Si la faute est plus grave, le seigneur a le droit de reprendre le fief servant et de le réunir à son domaine par la *commise*. La commise est encourue pour cause de désaveu téméraire et pour cause de félonie ou *meffaite* ; ce qui comprend à l'époque coutumière les cas de révocation des donations pour cause d'ingratitude (1).

On peut remarquer que la saisie féodale remplaçait la commise, dans des cas où les constitutions de Justinien prononçaient cette peine pour l'emphytéose.

En vertu du principe que fidélité et félonie sont réciproques entre le seigneur et le vassal, le seigneur qui se rend coupable de déloyauté envers son vassal, encourt la perte de sa mouvance, et le vassal dégagé envers lui de la foi et de l'hommage, les porte au seigneur suzerain immédait, qui devient seigneur direct ; car l'effet de la commise encourue par le seigneur, n'est pas de convertir le fief servant en franc-alleu (2).

L'inféodation prend fin, par la confusion sur une même tête des qualités de vassal et de seigneur, par la mort du vassal sans héri-

1. *Cout. Paris*, art. 43 ; Loisel, liv. IV, t. 3, *règle*, 94 à 98.
2. Loisel, liv. IV, tit. 3, art. 98.

tier, par le retrait féodal, par la commise. La prescription ne peut pas éteindre le rapport de mouvance au profit du vassal dont la possession est précaire; ni au profit du seigneur, car tout est réciproque en matière de fief (1).

On doit remarquer, qu'il y a ici une différence entre le droit féodal et le droit romain, qui n'établit pas une réciprocité au profit de l'emphytéote au sujet de l'imprescriptibilité.

Le vassal, comme l'emphytéote, peut prescrire par trente ans les profits féodaux qu'il doit au seigneur (2).

SECTION II

DU BAIL A CENS (CENSIVE).

Le bail à cens ou la censive est un contrat par lequel le propriétaire d'un immeuble noble, en transporte le domaine utile à un preneur (qui le tient désormais à titre de propriétaire roturier), mais sous la réserve du domaine direct et féodal, et d'une modique rente annuelle appelée cens, destinée à témoigner de la supériorité du seigneur,

Le cens étant établi *in recognitionem dominii directi*, et non pas comme l'équivalent des produits du fonds (3), la ressemblance avec l'emphytéose romaine est évidente ; avec cette différence toutefois, que dans ce dernier contrat ce n'est pas la directe que le concédant se réserve, mais la vraie propriété, l'emphytéote n'ayant qu'un *jus in re alienâ*.

1. *Cout. Paris,* art. 12, Loisel, liv. V, tit. 3, p. 24 et 26 ; Ferrière. *Nouveau comment. sur la cout. Paris*, sur l'art. 12.

2. *Cout. de Paris*, art. 124, Loisel, liv. IV, tit. 3, *règle* 43.

3. Comp. Argou. *Institution au droit français*, liv. II, ch. IV, Troplong, *Du louage*, t. I, p. 184 et suiv.

La censive est le fief du vilain, du roturier ; aussi les droits du seigneur censier et les obligations du censitaire sont calqués sur les droits du seigneur féodal et les devoirs du vassal. Sans doute, il n'y a point lieu à foi et hommage, ni à aucune de leurs conséquences, mais on rencontre l'obligation d'aveu ou d'acte de reconnaissance censuelle, analogue à l'aveu et au dénombrement des fiefs, ainsi que l'obligation de payer différents profits, dissemblables de nom seulement, en cas de mutation par acte entre vifs ou par décès.

Le cens étant une redevance seigneuriale, est imprescriptible, ce qui signifie non pas que les annuités arriérées ne puissent pas se prescrire, ni que la quotité du cens ne puisse pas être modifiée par la prescription, mais que l'on ne peut pas se libérer par prescription de l'obligation de payer le cens (1). Par le même motif, le cens est indivisible (2), tel est du moins le droit commun ; mais certaines coutumes (3) ont admis la divisibilité.

Le cens par son caractère d'indivisibilité se rapprochait ainsi du canon emphytéotique. Il s'en rapprochait davantage, par son caractère d'invariabilité : une fois fixé par les parties, il ne pouvait plus subir d'augmentation ou de diminution à cause des cas fortuits ; sauf dans le cas de perte totale du fonds, dans lequel cas le contrat prendrait fin.

Le censitaire a les droits d'un propriétaire, et son droit de jouissance est plus étendu que celui d'un emphytéote ; car il a la faculté de faire au fonds toutes les transformations, même celle qui le déprécient, le détériorent. Cette faculté n'est limitée que par l'obligation de conserver au fonds une valeur suffisante pour

1. Loisel, liv. V, tit. 3, *règle* 26.

2. Dumoulin, sur la *Cout. de Paris*, § 55, glos. 4, nos 28 à 33 ; Loisel, liv. IV, tit. 2, *règle* 1. — Pothier, *des Cens.*, sect. I, art. I, § 2.

3. Orléans, art. 120 ; Blois, art. 129 ; Dunois, art. 46, etc.

assurer le payement du cens (1). Remarquons toutefois dès à présent, que cette faculté exorbitante était tempérée en fait par l'intérêt qu'avait le censitaire à conserver l'immeuble dans l'état où il l'avait reçu ; car ce n'est qu'avec cette condition qu'il pouvait user du droit de déguerpissement.

Le censitaire peut hypothéquer le fonds, le grever des servitudes, le transmettre entre-vifs ou par décès. A l'origine il fallait un ensaisinement, plus tard cet ensaisinement fut facultatif (2), et l'aliénation directe fut permise au censitaire, à charge par l'acquéreur de payer un profit, que l'on appela *lods et ventes*, et qui était à Paris d'un douzième du prix de vente (3); ce profit était dû seulement à la suite des contrats qui comportaient le profit de quint.

L'acquéreur avait de plein droit un délai de vingt à quarante jours (4), à partir de la notification de la mutation, à fin de pouvoir *déprier*, c'est-à-dire de demander un terme pour le payement des profits au seigneur ; faute de quoi, il devenait passible de *l'amende pour ventes recélées*.

Le censitaire n'eût jamais le droit de sous-accenser le fonds : *cens sur cens ne vaut pas* (5) » ; on ne voulait pas que pour le même bien il y eût en même temps deux seigneurs directs et deux seigneurs censiers ; le censitaire pouvait cependant bailler à rente.

Le seigneur censier a une action personnelle pour se faire payer le cens et les profits auxquels il a droit, qui a pour conséquence la saisie civile ; il a sur l'immeuble une action spéciale et

1. Dumoulin, *Cout. de Paris*, sur l'art. 74, glos. II, n° 2; Loisel, liv. IV, tit. 2, règle 5.
2. *Cout. Paris*, art. 82.
3. *Idem*. art. 76 et 78.
4. *Idem*. art. 77.
5. Cout. d'Orléans, art. 122.

privilégiée comme celle du vendeur ; enfin, il a sur tous les biens du censitaire primitif une hypothèque générale en vertu de l'acte notarié, et il peut acquérir la même sûreté sur les biens de tout acquéreur, s'il l'assigne en reconnaissance d'hypothèque.

Les retards que le preneur apporte dans le payement du cens ou des profits sont sanctionnés par des amendes (1) ; il peut cependant y avoir une *saisie censuelle* qui n'a pour effet que de mettre le seigneur en possession des fruits, c'est-à-dire, apporter un obstacle à la jouissance du concessionnaire (2). On doit remarquer que l'amende pouvait être cumulée avec la saisie, car l'une avait pour but de punir l'injure faite au seigneur direct, l'autre d'assurer le payement du cens.

Jamais en matière de cens il n'y a place pour la commise ; c'est la différence spécifique que Dumoulin (3) voyait entre l'emphytéose et la censive.

En principe, il n'existe pas pour les censives de droit analogue au relief ; quelques coutumes, notamment celle d'Orléans, appliquaient à certaines ceusives le droit de *relevoison*, payable pour toute mutation par décès, même en ligne directe (4).

Le droit de retrait ou de retenue n'appartient pas de droit commun au seigneur censier (5) ; nouvelle différence avec l'emphytéose.

Il nous reste, enfin, quelques mots à dire sur les modes dont la censive prend fin. En premier lieu, il convient de signaler le déguerpissement. Le censitaire n'était tenu que *propter rem* ; les

1. Cout. Paris, art. 77 et 85.

2. La saisie censuelle est sans doute l'origine de la *saisie brandon*, du Code de procédure civile : art. 626 à 635.

3. Cout. de Paris, sur la rubrique du titre 2, n° 33 ; et sur l'art. 77 et 85 de la même coutume.

4. Pothier, *cout. d'Orléans*, titre des fiefs.

5. Loisel, liv. III, tit. 5, règle 3.

charges considérées comme dues par le fonds lui-même, imposées à la chose par la chose, pour employer l'expression des feudistes : « *Sic fit ut debeantur rei a re* ». Pour que le censitaire fût admis à déguerpir, il fallait remplir trois conditions : résiliation du contrat en justice en présence du seigneur censier ou dûment appelé ; acquittement effectué de toutes les prestations arriérées, et en outre d'un terme à échoir, enfin, que l'immeuble eût été conservé en aussi bon état qu'à l'entrée du censitaire en possession (1).

Comme autres modes d'extinction de la censive, il convient de mentionner la consolidation, le retrait censuel dans quelques coutumes assez rares et tout à fait exceptionnelles, le décès du censitaire sans héritiers directs, la perte de la chose. Quant à la prescription, il ne peut pas en être question, puisque le seigneur est présumé légalement censier de toutes les rotures situées dans l'enclave de sa seigneurie. Il en était autrement, dans les pays allodiaux, où l'on pouvait acquérir le droit au cens ou s'en libérer par la possession immémoriale ou trentenaire (2).

SECTION III.

DU BAIL A RENTE FONCIÈRE.

Le bail à rente foncière est un contrat par lequel un propriétaire aliène son héritage ou quelque droit immobilier, à la charge d'une rente annuelle consistant soit dans une somme d'argent, soit dans une certaine quantité de fruits, que le preneur s'engage à lui servir tant qu'il possédera l'immeuble.

1. Cout. Paris, art. 109. Cout. d'Orléans, art. 412.
2. *Sic.* en Lorraine, Saint-Mihiel, tit. X, art. 7, 8 ; Evêchés, tit. XVI, art. 7 ; Épinal, tit. VII, art. 5.

La rente est appelée foncière parce qu'elle est une charge du fonds, bien qu'elle soit également une dette personnelle du preneur, naissant de l'obligation par lui contractée, de l'acquitter tant qu'il détiendra l'héritage.

Il n'y a rien dans la définition ci-dessus qui se rapporte au régime féodal, et la convention dont il s'agit peut tout aussi bien avoir lieu entre roturiers qu'entre possesseurs de fiefs. Cependant par suite de l'habitude générale que l'on avait de tout inféoder, il arrivait souvent dans l'ancien droit qu'il était difficile de distinguer quelle avait pu être l'intention des parties, si elles avaient voulu faire un bail à cens ou un bail à rente foncière ou un bail à rente seigneuriale. La solution de la question dépendait à la fois de la qualité du bailleur du fonds et de la manière dont la concession avait été faite (1).

Le bail à rente est un contrat réel, en ce sens, que la tradition est indispensable non-seulement pour transférer la propriété, mais aussi pour obliger le preneur au payement de la rente. On s'accordait d'ailleurs à dire que ce contrat est synallagmatique (2). La rente peut être établie à perpétuité ou à temps limité.

C'est une idée généralement reçue, formulée ainsi par Pothier (3), que le bail à rente foncière opère une sorte de démembrement de l'héritage, et que la propriété se trouve en *quelque sorte* partagée : entre le preneur qui ne l'a que sous la déduction de la rente, et le bailleur créancier de la rente à qui elle appar-

1. Merlin, Questions, V° *rente foncière*, *rente seigneuriale*, t. V. p. 346 et suiv. L'intérêt pratique de distinguer le bail à rente foncière, du bail à cens, est que ce dernier contrat seul emporte lods et ventes, saisie et amendes, constitue un bien noble entre les mains du concédant, les rapports sont imprescriptibles, il ne comporte pas faculté pour le concessionnaire de sous-accenser ; tandis que la rente foncière peut se prescrire, et plusieurs rentes foncières peuvent à la fois grever le même héritage.

2. Pothier, *op. laud.* n° 5.

3. *Traité du bail à rente foncière*, n° 107.

tient pour le surplus. Mais, à cette opinion nous préférons celle qui voit dans le bail à rente la propriété transférée au preneur, et un droit retenu au profit du bailleur (1).

L'emphytéose, en droit romain, au contraire, comportait un droit réel au profit du preneur ; mais la propriété était réservée au bailleur.

Au reste, quel que soit le parti que l'on prenne sur cette question, il est certain, que le preneur ressemble presque au propriétaire dont la condition eût été à peu près identique sans l'obligation d'acquitter une redevance. Conséquemment, il avait sur la chose le droit de disposition le plus absolu, à la condition de ne pas détériorer le fonds, de manière à faire perdre au bailleur la seule garantie qu'il a pour le service de la rente. Il profite de toutes les améliorations, inespérées ou fortuites, survenues dans l'état de l'héritage, et réciproquement, il supporte toutes les détériorations résultant du cours naturel des choses ou d'un accident (2).

Aucune autorisation n'est nécessaire au preneur pour aliéner ses droits ; aussi ne rencontre-t-on dans le bail à rente aucun de ces droitss de mutation, usité en matière d'emphytéose, de fief et de censive. Mais ce n'eût pas été dénaturer un bail à rente, que d'y insérer une clause qui aurait assujetti le preneur à des prestations analogues, dans les mêmes occasions (3).

Le preneur est obligé de conserver l'héritage et de l'entretenir en bon état pour suffire au payement de la rente ; il doit le réparer à cet effet, sans distinction entre les grosses et les petites

1. De Laurière, sur la *Cout. de Paris*, art. 59, 83, 99, 100, va jusqu'à dire, qu'il y a dans le bail à rente moins un démembrement de la propriété, qu'un démembrement de la *chose*.

2. Pothier, *op. laud.*, n° 113, 114, 115.

3. Merlin, *Répertoire*, v° Rente seigneuriale, § 2, n° 6, bis, tome XIV, p. 743 (5e édit.).

réparations ; il doit le rendre en aussi bon état qu'il l'a reçu, lorsque le contrat prend fin par l'expiration du terme ou par le déguerpissement (1).

Le preneur est tenu de payer la rente tant qu'il possède l'immeuble ; il doit payer les impôts, il faut cependant en faire supporter une part au bailleur, car la redevance est proportionnelle aux fruits; mais il peut y avoir une clause contraire (2).

La rente est en principe prescriptible et divisible. Le droit du bailleur est garanti par une série d'actions personnelles et hypothécaires, dont l'examen nous entraînerait en dehors de notre sujet.

On avait l'habitude de stipuler plusieurs clauses dans le contrat de bail à rente, dans le but de modifier ses effets naturels.

Nous n'en mentionnerons que deux :

La clause la plus fréquente et qui modifiait considérablement le contrat, est celle de la *faculté de rachat*. Le rente était de sa nature irrachetable, en vertu du principe : « *nemo res suas vendere cogitur*. » Cette faculté se prescrivait par trente ans.

Nous ne mentionnerons parmi les clauses établies dans l'intérêt du preneur que celle de *foi entière retenue*, par laquelle le bailleur se charge de la foi et des devoirs seigneuriaux envers le seigneur de qui relève l'héritage baillé à rente. On l'appelle aussi *un jeu de fief*.

Il importe beaucoup d'observer, que le bail qui est fait avec cette clause n'est pas un simple bail à rente foncière : le bailleur qui se charge de porter la foi est censé se retenir la seigneurie de l'héritage, ne pouvant être qu'en cette qualité reçu à porter la foi. En conséquence, la rente est seigneuriale ou récognitive de la seigneurie (3).

1. Pothier, *op. laud.* nos 42, 44, 55, 56, 136 et suiv.
2. Pothier, *op. laud.*, nos 5, 36 à 41, 66 et 107.
3. Pothier, *op. laud.*, no 79.

Le bail à rente seigneuriale ressemble au bail à cens proprement dit ou seigneurial, en ce que la directe simplement seigneuriale comme la directe censuelle consistait dans une redevance récognitive de la seigneurie ; aussi était-elle comme celle-ci : imprescriptible, indivisible, et elle ne pouvait pas être purgée par décret (par la purge). Mais voici en quoi ces deux contrats diffèrent. Le cens est purement récognitif de la directe et non-représentatif du revenu du fonds ; plusieurs coutumes admettent qu'il est divisible (1) ; le vassal qui veut faire un jeu de fief sans démission de foi, pour éviter les profits de fief, doit retenir expressément la foi s'il fait un bail à rente seigneuriale, au moins suivant quelques auteurs (2).

Il ne nous reste qu'à parler enfin des diverses manières dont la rente prend fin. On peut les grouper dans deux catégories : modes de cessation ou résolution du bail à rente, modes d'extinction du droit à la rente.

Dans le premier cas, l'immeuble fait retour au bailleur, c'est ce qui arrive lorsque le contrat est annulé, ou lorsqu'il est rescindé pour lésion d'outre moitié (3), ou bien encore, lorsqu'il y a résolution du contrat pour l'avenir. Cette résolution a lieu lors de l'avènement d'une condition résolutoire (4) ; ou bien en cas de non-payement de la redevance après l'écheance de plusieurs termes dont le nombre est laissé à l'appréciation du juge (5) : mais il n'y a jamais de résolution pour cause de détérioration.

Enfin, la résolution pouvait avoir lieu par suite du déguerpissement, dont il nous faut dire quelques mots. Le déguerpissement ne fut permis au preneur qu'au xve siècle, tant avait été

1. Pothier, *des Cens*, n° 7.
2. Pothier, *des Fiefs*, n°s 802 et 803. M. Garsonnet, *op. laud.* p. 403 et 404.
3. Pothier, *Bail à rente*, n° 116 à 120.
4. Pothier, *op. laud.*, n° 121.
5. Pothier, *op. laud.*, n° 39 et 41.

forte, jusque-là, l'idée que le bail à rente devait être perpétuel comme l'immeuble sur lequel il portait. Suivant Brodeau (1), la difficulté venait de ce que les uns des anciens docteurs (notamment Accurse) faisaient remarquer, que du moment que le preneur avait créé et constitué la rente foncière, étant personnellement obligé, il ne pouvait de bonne foi, se dérober à l'exécution de son engagement ; les autres soutenaient que l'obligation personnelle ne produisait d'effet que tant que le preneur demeurait possesseur. Ce fut cette dernière opinion qui prévalut, et que Charles VII consacra par l'ordonnance de 1441, art. 20 et 43.

Cette ordonnance autorisa les détenteurs d'immeubles grevés de rentes, à racheter ces rentes, ou s'ils ne pouvaient pas les racheter, à déguerpir. La faculté de déguerpir fut, sauf quelques exceptions, généralement admise par les coutumes rédigées à la fin du XVIe siècle, et la jurisprudence décida qu'elle était possible dans les coutumes muettes (2). Pour que le déguerpissement fût valable, il fallait, d'abord qu'il n'y eût pas de clauses pour l'empêcher, comme celle de fournir et faire valoir la rente, d'améliorer l'héritage et autres analogues ; ensuite, que le preneur abandonnât l'héritage en totalité, sans en conserver la plus petite partie ; le bailleur ne pouvant avoir un bien arrenté par partie et délaissé par partie. Il devait, en outre, payer ou consigner aussi bien les arrérages en retard, même lorsqu'ils étaient dus par des détenteurs antérieurs, que ceux de l'année courante et un terme en plus.

Enfin, il devait remettre l'immeuble en aussi bon état qu'il était lors du bail, sauf les dégradations provenant de force majeure. Il fallait, dès lors, que le déguerpissement fît disparaître toutes les servitudes passives que lui ou ses auteurs avaient constituées

1. *Commentaire sur la coutume de Paris*, t. II, p. 209.
2. Pothier, *op. laud* n° 123.

sur l'héritage (1). Le preneur n'était pas tenu cependant de purger les hypothèques (2).

Le déguerpissement avait lieu en justice, si le crédi-rentier ne voulait y consentir amiablement.

Dans la catégorie des modes d'extinction de la rente, nous mentionnons : la perte totale de l'immeuble, mais tant qu'il reste une portion, la rente est due intégralement ; la clause de fournir et faire valoir, et celle de payer la rente toujours et à perpétuité, conserve l'obligation de payer la rente en dépit de la perte totale (3).

Elle s'éteint par l'adjudication d'un immeuble faite sur saisie, alors que la rente n'a pas été déclarée et que le bailleur n'a pas fait opposition à fin de charges (4). Elle s'éteint aussi par la remise de la dette, par la novation, par la confusion. La rente s'éteint par la prescription, soit de dix à vingt ans au profit d'un tiers de bonne foi, soit par la prescription de trente à quarante ans au profit du preneur lui-même (5).

Enfin, il y a une cause d'extinction qui peut résulter du contrat, c'est la faculté de rachat.

L'ordonnance de Charles VII, de 1441 et celle de Henri II, de 1553, ont autorisé par motif d'utilité publique le rachat des rentes foncières grevant les maisons des villes. Mais ces ordonnances furent interprétées restrictivement, et quand leurs dispositions eurent passé dans les coutumes de Paris (6) et d'Orléans (7), on ne les étendit point aux coutumes muettes. Dans cette mesure

1. Loiseau, *op. laud.* livr. V. ch. III, n° 6.
2. Pothier, *op. laud.* n° 145.
3. Pothier, *op. laud.* n° 190 à 193.
4. Merlin, Répert. v° *hyp.* sect. I, § 16.
5. Comp. Pothier, *op. laud.* n°s 195 à 214. Pépin le Halleur, *op. laud.* p. 270 et suiv.
6. Art. 141.
7. Art. 270.

même, le rachat n'était autorisé que pour les rentes qui n'étaient pas premières après le cens et fonds de terre (1).

Les lois de l'époque révolutionnaire supprimèrent le bail à rente, en tant que création d'un droit perpétuel ; toutes les rentes foncières perpétuelles furent déclarées essentiellement rachetables (2).

SECTION V

THÉORIE DE L'EMPHYTÉOSE PROPREMENT DITE SOUS LA PÉRIODE MONARCHIQUE.

§ 1. — *Persistance et caractères distinctifs de l'emphytéose.*

L'emphytéose proprement dite, telle qu'elle a été réglée par les constitutions de Zénon et de Justinien, avait été inconnue en France, pendant la période qui sépare la chute de l'Empire d'Occident de l'avénement de la féodalité.

L'emphytéose du Code Théodosien, avait continué certainement à être largement pratiquée pour les biens ecclésiastiques. Les églises et les communautés religieuses n'eussent pas pu cultiver elles-mêmes, les domaines considérables dont elles étaient devenues propriétaires, et les moines, malgré les immenses travaux entrepris par eux pour le défrichement et la mise en rapport de tant de terres stériles, eussent été impuissants à suffire seuls à cette tâche ; l'emphytéose s'adaptait trop bien à cette situation pour tomber en désuétude ; aussi, en voyons-nous de nombreux exemples. L'Église conserva fidèlement les anciennes traditions

1. Pothier, *op. laud.* nos 24 à 28.

2. Décret des 9-11 août 1789 et des 18-29 décembre 1790. Voir aussi l'art. 530 Code civil.

de l'emphytéose Théodosienne, qui furent confirmées par les dispositions du droit canonique (1).

Mais l'emphytéose, commença-t-elle pendant l'époque féodale et monarchique à être usitée par les particuliers, comme contrat de droit commun ?

A considérer l'emploi fréquent du mot *emphytéose* dans les sources de l'ancien droit, l'existence de ce contrat semble ne pas pouvoir y être mise en doute. Il se perd d'abord, puis reparait au XIIe siècle, après la renaissance du droit romain, l'introduction des Codes de Justinien en France et la traduction des Institutes en langue vulgaire. Après l'entier développement du régime féodal, l'étude approfondie du droit romain appela l'attention des juristes sur la théorie romaine du contrat d'emphytéose, et comme la plupart des règles parurent équitables, on prit l'habitude de les appliquer dans les cas, pour lesquels d'autres principes étaient auparavant usités. Cet usage eut un double résultat : D'une part, il modifia certains contrats féodaux, et les rapprocha tellement de la théorie de l'emphytéose, que l'expression emphytéose fut souvent employée dans un sens fort vague et tout à fait général, pour désigner toute location perpétuelle, soit à prix d'argent, comme le bail à cens et le bail à rente, soit à charge de service militaire comme le fief (2). D'autre part, l'emphytéose se confondant

1. Giraud. *Hist. du dr. fr. au moyen-âge*. t. I, p. 208 et 209 ; M. Garsonnet, *op. laud.*, p. 414.

2. Ducange, v° *Emphyteuta*, cite une charte de Languedoc de l'an 1290, qui est très instructive sur le point qui nous occupe. L'emphytéose cependant est expressément distinguée du fief par une glose rapportée par Dominicy : *Allodiorum appellatione veniunt feuda et emphyteuses*.

L'emphytéose était méprisée par les nobles. Dans un poème cité par La Thaumassière, dans ses notes sur les *Assises de Jérusalem*, p. 251, nous lisons:

La spurienne emphytéose
Que contemne la noble gent.

Un arrêt de la Cour de Toulouse du 23 mai 1814 (Désazars, 1er pr.) constate

en fait, dans la plupart des cas avec ces contrats, elle prit l'empreinte des contrats féodaux et perdit quelques-uns des caractères de l'emphytéose romaine.

Il y a donc lieu à se demander si véritablement l'emphytéose désigne encore un contrat *sui generis*; en d'autres termes, si elle conserve pendant cette période une existence propre, et si elle présente encore quelque caractère spécial qui permette de la distinguer de toutes ces tenures perpétuelles et multiples, sorties d'une autre origine, mais écloses sous l'influence des mêmes nécessités sociales et visant au même but.

Si l'on se bornait aux passages d'un certain nombre des feudistes, d'ailleurs fort estimés dans leur temps, il semble, que l'on pourrait hardiment conclure qu'il n'y a point d'emphytéose proprement dite dans notre période.

D'abord, Fonmaur (1) dans son *Traité des lods et ventes*, n° **120**, affirme que dans les pays de droit écrit, « il n'y a point de véritables emphytéoses, mais seulement des baux à cens comme dans la France coutumière. » Un autre auteur des pays de droit écrit, Despeisse (2), regarde l'emphytéose et le bail à cens comme une seule et même institution sous deux noms différents; mais il est moins affirmatif que Fonmaur, et, bien qu'il explique cette double dénomination par la diversité des lois territoriales, du moins il reconnaît des différences entre ces deux contrats.

Hervé (3), lui aussi est plein de confusion : « l'emphytéose à perpétuité, dit-il, est un vrai bail à cens ou un vrai bail à rente, suivant que le bailleur est ou seigneur du fief, ou simple propriétaire de censive. »

que les qualifications de *bail à fief* et celle de *bail emphytéotique* étaient confondues et employées l'une pour l'autre, dans les pays de droit écrit.

1. Le passage de cet auteur est rapporté par Merlin, Quest. v° *Rente foncière, rente seigneuriale*. § 14, n° 2.

2. *Traité des droits seigneuriaux*, t. IV, art. I, n° 2.

3. *Matières féodales et censuelles*, t. II, p. 329.

Salvaing (1) s'exprime ainsi : « Quelque différence qu'il y avait entre le fief, l'emphytéose, la libellaire et le cens, l'usage les a confondus en communiquant les propriétés des uns aux autres. » Il constate donc la confusion faite dans la pratique entre ces diverses institutions ; mais il faut du moins remarquer que les termes par lui employés, permettent de conclure à une différence au moins doctrinale entre elles. Argou (2) observe : « Que dans la plupart des pays de droit écrit, on confond la véritable emphytéose avec les censives. » De même, Boutaric (3) dit, que les auteurs des pays de droit écrit, « se servent indifféremment du bail emphytéotique comme de deux expressions synonymes. Enfin, Dumoulin (4) affirme, qu'on ne connaît presque plus en France de véritables emphytéoses ; il s'exprime ainsi : « *De quo ex solo verbo emphyteuseos non continuo liquet, propter naturam ejus ferè exoletam.* »

Certainement, ce sont là des autorités graves et imposantes.

Cependant, il ne faut pas se laisser surprendre par ces citations, quoiqu'elles puissent paraître péremptoires au premier aspect.

D'abord, lorsqu'on recherche attentivement la véritable pensée de Dumoulin, on voit qu'elle se réduit à affirmer que la pure théorie romaine de l'emphytéose n'était pas pratiquée en France. Du reste, le grand jurisconsulte considère si peu le bail emphytéotique comme une chose analogue au bail à cens et au bail à rente foncière, qu'il consacre de longs développements à faire ressortir les différences qui distinguent ces contrats les uns des autres (5).

1. *Du plaît seigneurial*, p. 6.
2. *Institutions au droit français*, liv. III, ch. 28.
3. *Traité des droits seigneuriaux*, ch. XIII, *in fine*. Ce passage est rapporté par Merlin, *loc. laud.*
4. *Coutume de Paris*, § LXXXII, glos. n° 10.
5. Dumoulin, *op. laud.* § 73, n°s 21, 22, 23, 33, 36.

Le même Argou, qui paraissait tout à l'heure refuser tout caractère propre à l'emphytéose, après avoir étudié la censive et la rente foncière, consacre un chapitre spécial à l'emphytéose et dit notamment : « *Nous avons peu*, parmi nous, *de véritables emphytéoses*, à moins qu'on ne veuille comprendre sous ce nom les rentes foncières non rachetables, dans lesquelles il y a clause, que le preneur sera tenu de faire des améliorations ou amendements (1). »

A son exemple, le même Boutaric prend soin de nous indiquer la différence entre l'emphytéose et le bail à cens : « Elle consiste principalement, dit-il, en ce qu'on ne peut bailler à cens qu'un fonds que l'on possède noble ; au lieu que pour bailler un fonds à titre d'emphytéose, il suffit de le posséder en franc alleu et indépendamment de toute seigneurie directe, quoique d'ailleurs rural et sujet au paiement des tailles, la roture n'ayant rien d'incompatible avec l'allodialité et l'indépendance. »

Et Sudre commente ainsi ce passage : « L'essence et le fonds, ces deux contrats sont absolument les mêmes, puisque l'un et l'autre sont également un contrat par lequel il n'y a que le domaine utile qui soit aliéné, tandis que la dominité directe reste au bailleur avec une rente qui lui est payée en reconnaissance de la directité. Le contrat est donc spécifiquement le même, et la différence ne vient que des biens qui font le sujet de l'un ou de l'autre. Le bail à cens est le bail d'un fonds *noble et féodal*, au lieu que le bail emphytéotique est celui d'un fonds qui est tenu en *roture* (2). »

Boutaric et son annotateur reconnaissent donc à l'emphytéose le caractère d'une institution *sui generis*, distincte du bail à cens et du bail à rente foncière.

1. Argou, *Ibidem*.
2. Ces passages sont rapportés par Merlin, Quest. V° *Moulin*, § 1.

Recherchons maintenant les traits distinctifs de ces divers contrats, et voyons d'abord quels biens ils peuvent avoir pour objet.

Si un possesseur de fief donne en emphytéose une partie de ses domaines, sa concession ne peut pas être une véritable emphytéose, parce que ce contrat n'est point compris parmi ceux qui peuvent produire le jeu du fief, car le plein propriétaire peut seul avoir une directe purement privée et étrangère à la hiérarchie féodale. Le possesseur du fief, en aliénant son fief avec réserve d'une telle directe, se conduirait en possesseur de franc-alleu.

Ce sera donc un cens si le possesseur de fief s'est réservé la directe, ou un bail à rente si l'aliénation ne comporte pas cette réserve ; il n'y aura jamais concession emphytéotique.

Le censitaire pouvait-il, plus que le seigneur ou possesseur de fief, consentir un bail emphytéotique ?

D'après Hervé et Merlin (1), le censitaire n'aurait pu, en aucun cas, constituer une emphytéose, par ce motif, que n'ayant que le domaine utile de la censive, il ne pouvait pas, en aliénant, s'en réserver le domaine direct. On peut objecter contre cette opinion. Pourquoi s'attacher aux prérogatives que se réserve le bailleur à emphytéose, ne suffit-il pas qu'il ait et puisse transmettre au concessionnaire les droits constitutifs du *jus emphyteuticum* ? Merlin, d'ailleurs, n'est pas toujours aussi affirmatif. Ainsi, dans une autre partie de son répertoire (2), il dit : « L'emphytéose faite par le simple propriétaire, qui tient son héritage à censive, est *ordinairement* confondue avec le bail à rente foncière. »

D'après d'autres auteurs, rien n'empêchait que le censitaire constituât une véritable emphytéose sur le fonds qu'il tenait en

1. Répertoire, v° *fief*, sect. II, § 7, p. 707 ; Questions, v° *Moulin*, § 1.
2. V° *Emphytéose*, § 1.

censive, sans avoir à distinguer entre l'emphytéose perpétuelle et l'emphytéose temporaire.

Enfin, suivant M. Pépin le Halleur, la censive ne pouvait pas faire l'objet d'une emphytéose perpétuelle, mais elle était susceptible d'emphytéose temporaire. Cette opinion s'appuie sur un passage de Brodeau (1), qui rapporte la controverse qui s'éleva sur la question de savoir si le bail emphytéotique donnerait lieu à la perception des lods et ventes : ce qui implique, dit cet auteur, que le fonds baillé en emphytéose était une censive, car c'était dans les censives seules qu'il pouvait être question de lods et ventes (2).

Quoi qu'il en soit, l'alleu était, sinon le seul, du moins le principal objet du bail emphytéotique ; aussi ce contrat, outre l'influence plus grande du droit romain dans les pays de droit écrit, était-il plus fréquent au midi qu'au nord de la France, où les alleux ne se rencontraient que d'une manière exceptionnelle.

Il n'y a aucune distinction à faire au point de vue qui nous occupe, entre l'alleu noble et l'alleu roturier. Il est vrai que le propriétaire d'un franc-alleu noble avait la seigneurie féodale sur toutes les parties de son fonds, mais sans être lui-même tenu à foi et hommage envers personne (3). Aussi, la renonciation au droit seigneurial ne préjudiciant qu'à lui-même, on a toujours admis que ce propriétaire pouvait à son gré retenir la directe seigneuriale ou la directe purement emphytéotique sur le fonds qu'il aliénait (4).

On pourrait trouver une différence entre l'alleu noble et roturier, nous allons l'indiquer : Le propriétaire d'un alleu noble,

1. Sur l'art. 78 de la *cout. de Paris* n° 31.
2. Pépin le Halleur. *op. laud.* p. 285.
3. Merlin, répertoire, v° *Franc alleu*, §§ 2 et 7. Art. 68 de la cout. de Paris.
4. Merlin, *loc. laud.* p. 707.

pouvait à son gré bailler à cens, ou à rente seigneuriale, à rente foncière, ou à emphytéose, suivant qu'il voulait se réserver la directe seigneuriale, la directe privée emphytéotique ou seulement un droit réel ; tandis que le propriétaire d'un alleu roturier ne pouvait bailler qu'à titre d'emphytéose ou de rente foncière, car étant en dehors de la hiérarchie féodale il ne pouvait pas retenir la directe seigneuriale (1).

Comment l'emphytéose se distinguait-elle du bail à cens et du bail à rente foncière?

Plaçons-nous d'abord, en présence d'un alleu roturier. Quand y avait-il emphytéose, quand y avait-il bail à rente foncière?

En théorie, il n'y a pas de difficulté réelle. Le bail à rente foncière transportait sans réserve, tous les droits du bailleur au preneur : il n'y avait rien d'équivalent à la directe seigneuriale ou même purement emphytéotique ; le bailleur ne se réservait qu'un simple droit réel, une sorte de servitude. C'est pour cette raison que le bail à rente foncière pouvait avoir pour objet toute espèce de biens, même ceux sur lesquels le bailleur n'avait qu'un droit de domaine utile, tels que les censives.

Mais dans la pratique, comme le remarque fort bien notre honorable maître M. Garsonnet (2), la coutume et la jurisprudence avaient singulièrement affaibli l'intérêt de cette distinction, car en fait, les attributs de la directe emphytéotique se réduisaient à peu de chose.

Plaçons-nous maintenant dans l'hypothèse d'un fonds noble non féodal, c'est-à-dire, d'un franc-alleu noble. Il pourra y avoir lieu de distinguer l'emphytéose, non-seulement du bail à rente foncière, mais aussi du bail à cens seigneurial (3).

1. Boutaric, *op. laud.* p. 427; Merlin, *ibidem.*
2. *Op. laud.* p. 417.
3. Ce que nous disons du bail à cens seigneurial s'applique également au

Le bail à cens diffère principalement de l'emphytéose par son origine, qui est essentiellement féodale.

Il n'est permis qu'au propriétaire d'un fonds noble : fief ou alleu. C'est même le seul mode suivant lequel le seigneur d'un fief puisse en aliéner une partie en l'arroturant.

L'emphytéose, au contraire, est étrangère à toute idée de féodalité, elle peut avoir pour objet indifféremment, un alleu roturier ou un alleu noble, et peut-être même une censive, bien que ce point soit obscur et fort douteux, il faut le reconnaître.

Il faut observer ici, que les propriétaires des francs-alleux cherchaient en fait à se créer une condition analogue à celle des seigneurs, au moyen de l'emphytéose, qu'ils qualifiaient abusivement d'inféodation et de bail à cens. L'abus était tellement général que l'autorisation législative dut intervenir pour la supprimer. Les déclarations d'août 1692 et du 2 janvier 1769 ont consacré, ainsi, législativement, la distinction entre l'emphytéose et le bail à cens seigneurial.

Quant à trouver un trait distinctif entre le bail à cens et le bail emphytéotique, ce n'est pas une chose facile. En effet, l'un et l'autre de ces contrats se ressemblent sur des points essentiels même. L'un et l'autre impliquent la retenue de la directe, font supporter la perte totale du fonds par le bailleur et la perte partielle par le preneur, peuvent avoir pour objet des fonds stériles ou cultivés, peuvent comporter la stipulation d'améliorer et, enfin, donnent lieu en cas de mutation à des prestations au profit du bailleur.

Dès lors, comment pourra-t-on distinguer la directe purement emphytéotique, ou la directe seigneuriale qui a été retenue par le propriétaire d'un franc-alleu noble? Ce n'est que par les expres-

bail à rente seigneuriale, car il n'y a aucun intérêt à distinguer ces deux contrats quand il s'agit de les comparer à l'emphytéose.

sions dont il se sera servi, ou par des signes certains que l'on pourra connaître quelle a été la volonté véritable de ce propriétaire, et encore, ces indices certains devront l'emporter toujours sur le nom qui a été donné à la directe.

Mais si le contrat ne peut fournir aucun élément à une décision, on devra évidemment trancher la question de la manière la plus favorable au concessionnaire.

Mais quelle est la situation la plus favorable pour le concessionnaire : de tenir en emphytéose ou de tenir à cens seigneurial ?

Merlin dit qu'il est plus avantageux de reconnaître un simple bailleur conservant le domaine direct, de la chose que de reconnaître un seigneur, et que par conséquent, dans les pays qui ne sont pas soumis à la règle : « Nulle terre sans seigneur », c'est-à-dire, dans les pays allodiaux, le bailleur sera censé s'être réservé la directe emphytéotique (1).

Troplong (2) est d'une opinion contraire. Il pense que le bail à cens est moins sévère dans ses effets que le bail emphytéotique, parce qu'il ne connaissait ni la commise par défaut de payement du canon, ni la confiscation pour vente et aliénation de la chose, sans l'assentiment du seigneur. Il invoque l'autorité de Dumoulin (3), qui disait : « il n'y a pas d'emphytéose véritable, *nisi expresse et clare probetur.* » L'opinion de Troplong nous paraît, sans doute, préférable.

De tout ce qui précède, il résulte qu'une place bien étroite a été conservée à l'emphytéose par l'ancien droit français : aussi, elle ne joue pendant la période féodale et monarchique, qu'un rôle purement secondaire.

1. Merlin, Répert. v° *Fief*, sect. II, § 7.
2. *Op. laud.*, t. I, p. 171.
3. Sur la *Cout. de Paris*, § 73, n° 43.

§ 2. — *Nature du droit emphytéotique.*

Une des questions juridiques qui fait l'objet des plus vives controverses, est celle de savoir : quelle est la nature du droit emphytéotique. Ce qui aggravait surtout les difficultés, c'était qu'on n'était pas d'accord sur la signification du mot : *domaine utile*, que l'on attribuait communément à l'emphytéote.

Suivant Dumoulin (1), le domaine utile, c'est la propriété même de l'héritage, de telle sorte, que le seigneur utile est le vrai propriétaire de cet héritage. Quant au domaine direct, c'est le domaine ancien, originaire qui, par le démembrement du domaine utile, n'est autre chose qu'un *domaine de supériorité*, qu'un droit particulier d'exiger certains devoirs récognitifs. C'est aussi la doctrine enseignée par Pothier (2), et celle qui a prévalu.

Suivant Hervé (3) et autres feudistes, le domaine utile « n'est que le droit de percevoir les fruits et *n'est pas une véritable propriété*, il n'y a de vraie propriété que celle du fonds. »

De cette diversité d'opinions, il résultait, que les uns (4) accordaient à l'emphytéote le domaine utile, dans le sens de Dumoulin ; tandis que les autres (5), accordaient à l'emphytéote le domaine utile, dans le sens de Hervé et d'autres feudistes ; c'est-à-dire, un *quasi-domaine*.

Il est à remarquer qu'un grand nombre d'auteurs, partisans de l'un ou de l'autre système, se trouvaient d'accord sur un point :

1. Sur l'art. 68 de la *cout. de Paris*, glos. 4, n° 4.
2. *Propriété*, n° 3, *in fine*.
3. *Op. laud.*, t. II, p. 329 et suiv.
4. Merlin, *Quest.*, v° Emphytéose, § 5, n° 1-2°, et les autorités qu'il cite. Brodeau, sur l'art. 78 de *la Cout. de Paris*, d'Argentré, sur l'art. 299 de la *cout. de Bretagne* ; Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. 4, sect. 10, n° 6.
5. Dunod, *Prescript.*, p. 335 ; Troplong, *op. laud.*, t. I, n° 32.

celui d'accorder le domaine utile tant à l'emphytéote perpétuel, qu'à l'emphytéote temporaire, sans aucune distinction.

Il y avait cependant d'autres jurisconsultes (1), qui faisaient une distinction entre l'emphytéose perpétuelle et l'emphytéose temporaire : ils admettaient dans la première, la translation du domaine utile dans le sens large et compréhensif qui lui appartient; ils n'admettaient dans la seconde, que la translation d'un droit réel de jouissance, une sorte de *quasi-domaine*; en d'autres termes, un domaine utile tel qu'il était entendu par Hervé.

C'est ainsi que les partisans de ce système expliquaient l'antinomie des textes, et conciliaient les opinions des docteurs.

Cette opinion compte aujourd'hui beaucoup des partisans (2) : c'est celle que nous préférons.

En effet, il faut distinguer dans l'ancien droit l'emphytéose perpétuelle de l'emphytéose temporaire. Nous croyons, avec M. Pépin le Halleur (3), que parmi les questions qui ont divisé les esprits, il en est plus d'une qui est née de cette confusion et qu'il aurait fallu résoudre par des distinctions.

D'abord, en ce qui concerne l'emphytéose perpétuelle, on ne saurait contester, que presque tous les auteurs (4) anciens qui ont traité de l'emphytéose en droit français, n'aient été d'accord pour lui attribuer le domaine utile. C'est précisément pour ce motif qu'ils ont pu confondre l'emphytéose avec le bail à cens.

On objecte (5) que l'emphytéote n'a pas le droit d'abuser, ce qui est l'attribut caractéristique de la propriété.

1. Dumoulin, sur la *Cout. de Paris*, § 78, gloss. 4, n° 5; Loiseau, *Du déguerpissement*, liv. I, ch. V, n° 1.

2. Duvergier, *Du louage*, t. I, n° 145. (Continuation de Toullier, t. 18). Pépin le Halleur, p. 282 et 293.

3. *Op. laud.*, p. 282.

4. Dumoulin, sur la *Cout. de Paris*, § 78, glos. 4, n° 5. Furgole, *Du franc-alleu*, ch. V, sect. 3.

5. Troplong, *op. laud.*, t. I, n° 32.

La réponse est bien facile à cette objection ; personne ne niera que dans le bail à cens, le censitaire n'ait le domaine utile de la chose : or, le droit du censitaire d'abuser, n'est-il pas plus restreint que celui du propriétaire d'un alleu ? A-t-on jamais songé à contester au censitaire son titre de propriétaire utile ? Il en est de même du preneur à bail à rente foncière, et quelque chose de plus même ; car celui-ci a la propriété tout entière du fonds, moins un droit réel qui appartient au bailleur.

L'objection repose sur une singulière erreur : on veut voir des entraves à la propriété, des restrictions, là, où il n'y a simplement que des *obligations* pour le propriétaire, de respecter les garanties d'un droit qu'il ne peut méconnaître.

Inutile d'ailleurs d'insister davantage. N'est-ce pas précisément parce que les glossateurs ont vu dans la théorie de l'emphytéose romaine le dédoublement de la propriété en domaine direct et domaine utile, qu'ils ont attribué au droit romain leur singulière théorie ? Peut-on concevoir que l'emphytéose soit restée étrangère aux influences des institutions féodales, à une époque où le partage de la propriété était devenu véritablement le droit commun ?

Quant à l'emphytéose temporaire, Dumoulin (1) ne laisse aucun doute sur ce sujet ; il n'accorde pas au preneur le *dominium utile*, et sa théorie cadre fort bien avec la situation temporaire de ce dernier qui se rapproche d'une façon considérable de celle de l'usufruitier. « Cette théorie, dit M. Duvergier (2), est celle qui s'harmonise le mieux avec les textes et les idées que nous avons du droit de propriété (3). »

Il était impossible de conférer un domaine utile, qui est la propriété même de l'héritage, à l'emphytéote temporaire, et de met-

1. *Op. et loc. supr. laud.*, n° 15.
2. *Op. laud.*, n° 145, page 137.
3. Consultez Dalloz, répert. v° *Louage emphytéotique*, n°s 266 à 273.

tre sur le même rang, celui qui avait un droit perpétuel et celui qui n'avait qu'une puissance limitée dans sa durée. Il eût été d'ailleurs, injuste de diminuer les droits d'une personne qui n'avait consenti à abandonner que provisoirement la jouissance de son bien. L'emphytéose temporaire n'était le plus souvent motivée, que par la situation d'un propriétaire qui se trouvait accidentellement hors d'état de faire certaines dépenses de réparation ou d'amélioration, et qui préférait à l'expédient ruineux d'un emprunt, celui d'une aliénation temporaire de la jouissance. Le bailleur, loin d'enlever à la famille une partie de son patrimoine, entendait lui procurer ainsi une amélioration perpétuelle ; dès lors, il ne devait pas retrouver le fonds détérioré par le fait de l'emphytéote (1).

Cette distinction une fois admise, entre la nature du droit conféré par l'emphytéose perpétuelle et celle du droit conféré par l'emphytéose temporaire, est fondamentale et très riche en conséquences ; aussi, elle devra souvent être rappelée dans la suite de cette étude.

Il faut remarquer d'ailleurs, que le domaine direct réservé au profit du bailleur à emphytéose perpétuelle, doit être soigneusement distingué des directes seigneuriales, censuelles ou féodales qui avaient leurs racines dans le droit public, et qui donnaient lieu à certains privilèges honorifiques et pécuniaires. — Il s'agit ici, d'une directe de pur droit privé, ne conférant aucun droit seigneurial ; elle diffère donc essentiellement de la directe féodale retenue par le seigneur d'un fief, en ce qu'elle est étrangère à toute idée de foi et hommage.

1. Pépin le Halleur, *op. laud.* p. 294. *Comp.* Merlin, répert. V° *emphytéose*, § 1, 3. Quest., v° *Moulin*, t. IV, p. 439. *Contra*, M. Lefebvre, *à son cours*, leçon du 12 avril 1881.

§ 3. — *Droits de l'emphytéote.*

Parlons d'abord des droits de l'emphytéote perpétuel. Il avait le *jus utendi* et le *jus fruendi* dans toute leur plénitude, et sans autre restriction que l'obligation de respecter le domaine supérieur du bailleur ; il avait dans l'exercice de son droit plus de liberté que l'usufruitier. Il avait même en partie le *jus abutendi* ; il pouvait modifier la superficie et la destination du fonds ; il n'était pas tenu comme l'usufruitier à conserver la *substance* du fonds. Mais la plus grande divergence existait entre les auteurs sur l'étendue de ce droit. Pour les uns, tels que Dumoulin (1), l'emphytéote ne pouvait ni couper les arbres des haute futaie, ni démolir les maisons, et il ne lui était permis de faire des modifications au sol, qu'autant que les lieux pouvaient être établis dans leur état primitif et sans détérioration.

Pour les autres, tels que d'Argentré (2), la doctrine de Dumoulin était inadmissible en ce qui touchait les bois et les maisons, mais elle était vraie en ce qui touchait les modifications du sol.

D'autres jurisconsultes, permettaient à l'emphytéote d'abattre les bois de haute futaie ou de démolir les maisons, dans quelques cas particuliers : il le pouvait, d'après Loyseau (3), si l'emphytéose était perpétuelle, pourvu, d'ailleurs, que le fonds conservât une valeur suffisante à la garantie du paiement du canon ; il le pouvait, d'après Boutaric (4), si la maison et les arbres n'étaient qu'un accessoire du fonds baillé.

D'autres enfin, tels que Guy-Coquille (5), autorisaient la coupe des bois de haute futaie « s'il y a espérance que les arbres puis-

1. Sur la *cout. de Paris*, § 74, glos. 2.
2. Sur la *cout. de Bretagne*, art. 61. not. 3.
3. *Déguerpissement*, V, 5.
4. *Droits seigneuriaux*, XIV, 4; Duvergier, *du louage*; t. III, n° 180.
5. *Questions* de droit, *quest.* n° 30.

« sent revenir, ou si après la coupe le terrain mis en culture « peut produire des fruits. »

La jurisprudence offrait également de nombreuses variations et incertitudes sur ce point (1).

Ces dissidences tenaient, il nous semble, à ce qu'on ne séparait pas assez l'emphytéose perpétuelle de l'emphytéose temporaire ; cette dernière ne pouvant conférer une extension trop grande aux droits de l'emphytéote. Mais pour ce qui est de l'emphytéose perpétuelle, on devait poser en principe, à notre avis, que l'emphytéote a un droit absolu de disposition, qui est limité seulement par son obligation de ne pas détériorer le fonds. Ainsi, il peut défricher une forêt pour mettre des cultures à la place, ou réciproquement ; il peut même détruire des bâtiments existant à condition d'en rebâtir d'autres, ou même sans en rebâtir, pourvu que par la disposition nouvelle la propriété ait au moins une valeur égale. Mais il n'est pas obligé d'améliorer, et comme il faut considérer seulement le résultat final, c'est-à-dire, le changement de valeur qui sera produit quand le nouveau mode d'exploitation sera substitué à l'ancien, on voit qu'il jouit d'une faculté extrêmement large. Ainsi, un emphytéote aurait une forêt même de haute futaie, dont les produits, par suite des circonstances locales (difficiles à concevoir maintenant, mais possibles à l'époque dont nous parlons), ne donnerait qu'une valeur minime ; il veut la transformer en pâturage, sûr de pouvoir tirer parti de ses bestiaux ; — l'arrêtera-t-on nécessairement au premier coup de hache sous prétexte qu'il détériore le fonds ? Ne serait-il pas plutôt fondé à dire : mais attendez que l'opération soit terminée et que mon pâturage soit formé et en plein rapport, alors vous pourrez juger si le fonds a perdu ou gagné en valeur ? Évidemment nous répondrons affirmativement.

1. Basnage, sur l'art. 204, *cout. de Normandie* ; Auzanet, sur l'art. 74, *cout. de Paris* ; Larroche, *des droits seigneuriaux*, ch. II, art. I.

Telle est la doctrine qui nous semble résulter du passage de Coquille que nous avons reproduit ci-dessus.

Est-ce à dire que l'emphytéote ne pourra jamais être arrêté dans ses projets de bouleversement de l'héritage ? Nous ne le prétendons pas. Il peut se trouver des cas spéciaux dans lesquels les juges estimeront que l'emphytéote n'est pas réellement dans l'intention d'exécuter les améliorations qu'il allègue, et que son but unique est de s'enrichir des dépouilles du fonds : ils pourront alors, surtout s'il est insolvable et a de mauvais antécédents, l'arrêter sous peine de commise : mais ces cas devront être rares, et constituer autant de questions de fait, qui n'enlèvent aucune force au principe que nous avons établi.

L'emphytéote avait droit tant aux fruits naturels que civils. De même, il profitait des alluvions et en général des accessions qui pouvaient se produire par un accident de la nature.

Presque tous les auteurs modernes sont unanimes à dire, que l'emphytéote jouissait des droits de chasse et de pêche.

On oublie que le droit de chasse était régalien, concédé par le roi suivant son bon plaisir, exclusivement à des nobles depuis 1533, plus tard, attaché au fief de telle manière, que le seigneur pouvait seul chasser sur toutes les terres situées dans l'enclave de sa seigneurie, quels qu'en fussent les propriétaires, nobles, roturiers ou francs. D'où, un contrat d'emphytéose intervenu de la part d'un de ces propriétaires ne pouvait changer l'état antérieur. Il en était de même pour la pêche.

Il n'est pas aussi aisé de décider à qui devait appartenir le trésor trouvé dans le fonds emphytéotique. Il paraît, que le droit commun consistait à partager le trésor entre le seigneur justicier, le seigneur *tréfoncier* et l'inventeur (1).

1. Loysel, *Instit. coutum.* liv. II, t. II, règles 52, 53, 54. Ferrières, *sur Paris*, art. 167, p. 1125, n° 20.

Reste à savoir ce que l'on devait entendre par ces mots : « *tréfoncier.* » Dumoulin (1) réserve exclusivement ce titre à la personne qui détient le domaine direct ; dans notre matière au bailleur. Il faut donc penser, que même l'emphytéote perpétuel n'avait aucun droit au trésor, sauf la part qui pourrait lui revenir comme inventeur. Telle était d'ailleurs la situation du censitaire, et il est certain que l'emphytéote ne pouvait pas être plus favorisé que le censitaire (2).

Quant aux mines, minières et aux carrières non ouvertes, l'ancienne jurisprudence même la plus favorable à l'emphytéote, ne l'investissait pas du droit de les fouiller (3). La raison donnée est que l'emphytéote ne pouvait user de ces produits intérieurs de la terre, sans appauvrir le fonds d'une manière certaine. On assimilait l'emphytéote à l'usufruitier. Il pouvait donc profiter des mines, minières et carrières ouvertes, même pour en vendre les produits, à charge d'exploiter comme le précédent propriétaire. Il n'avait pas en principe le droit d'en ouvrir de nouvelles ; mais on lui reconnaissait le droit d'extraire des minérais et autres produits souterrains dans les limites d'un usage exclusivement personnel ; c'est-à-dire, seulement pour les besoins de l'héritage (4).

L'emphytéote profitait de l'alluvion, sans être obligé d'augmenter la redevance, alors même que le bail a déterminé l'étendue du fonds. Le principe de l'accession suffit pour justifier cette décision.

L'emphytéote perpétuel pouvait valablement constituer des

1. *Sur la cout. de Paris*, § 78, glose 4, n° 4 : « ... *dominus directus etiam quem proprie et stricte* TRÈS FONCIER vocamus.... »

2. *Sic.* Pépin le Halleur, *op. laud.* p. 293 ; Troplong, *op. laud.* t. I, p. 189 ; *contra.* Voët n° 11.

3. Dumoulin, § 74, glose 2. Voët n° 11 ; Troplong, *ibidem. Contra.* Coquille sur l'art. 2, tit. 1 *cout. de Nivernais.*

4. *Comp.* loi 9 § 2 et 3 ; loi 13, § 5. D. *de usufr. et quemad.* Merlin, répert. v° *usufruit*, § 4, n° 3. Pépin le Halleur, p. 296.

hypothèques, acquérir de servitudes activés et grever le fonds de servitudes passives. Il est à peine besoin de dire, que ces actes tombaient d'eux-mêmes à la fin du bail emphytéotique.

Enfin, l'emphytéote avait l'exercice, en son propre nom et intérêt, des actions tant pétitoires que possessoires, contre les tiers et même contre le bailleur (1).

Voilà pour l'emphytéose perpétuelle.

En ce qui concerne l'emphytéose temporaire, il y a à signaler quelques restrictions aux droits du preneur ; elles dérivent de ce qu'il n'a qu'un droit réel de jouissance ou un quasi-domaine, et non pas le domaine utile.

On doit se demander d'abord, si l'emphytéote temporaire avait le droit de changer la forme et la destination du fonds, ou bien s'il devait en conserver la *substance* comme l'usufruitier.

La réponse n'est pas absolue.

Il lui était permis de faire tous les changements qui n'étaient pas irréparables, tels qu'à la fin de la concession le propriétaire pouvait facilement rétablir l'état antérieur. Ainsi, par exemple, il avait toute latitude pour changer les assolements, transformer des prairies en champs cultivés ou *vice-versa*. Quant aux bâtiments et aux bois de haute futaie, le système de Boutaric (2), était ici préférable si l'héritage, objet du droit, consistait uniquement en une maison, en une forêt. Détruire cette maison, défricher cette forêt eussent été des transformations trop graves, pour que l'emphytéote temporaire eût pu se les permettre. Si au contraire, la maison ou la forêt n'étaient que des accessoires du fonds emphytéotique, leur disparition pouvait être envisagée comme rentrant dans les accidents de l'exploitation générale ; on ne pouvait dire qu'il fallait toujours et nécessairement l'empêcher.

1. Troplong, *op. laud.* p. 191 et 197.
2. *Op. laud.*, ch. XIV, n° 4.

Pour ce qui est du trésor, nous croyons, que sans aucune difficulté on lui a refusé tout droit, en qualité d'emphytéote bien entendu.

Quant aux mines, minières et carrières, sa situation était absolument égale à celle de l'usufruitier et de l'emphytéote perpétuel.

Enfin, les auteurs ne manifestent aucune hésitation pour reconnaître à l'emphytéote temporaire les mêmes droits que ceux de l'emphytéote perpétuel, en ce qui concerne la faculté d'hypothéquer (1), d'imposer des servitudes et de se servir des actions possessoires (2).

§ 4. — *Obligations de l'emphytéote.*

La première obligation de l'emphytéote, la plus essentielle, était le payement de la redevance ou canon stipulé lors de la formation du contrat. Cette redevance consistait en une somme dont le taux était fixé à forfait à l'avance, et d'une façon invariable. Jamais elle ne pouvait être nulle, sans quoi il n'y aurait pas eu de véritable emphytéose.

On peut remarquer que le canon n'avait pas toujours la même raison d'être ; dans la plupart des cas, c'était la reconnaissance pure et simple du droit du bailleur, le canon était alors, on le comprend, d'une extrême modicité ; dans d'autres cas, les auteurs nous apprennent que la redevance, outre qu'elle était la reconnaissance du droit du bailleur, représentait en plus la valeur de la jouissance, elle était calculée : *pro modo fructuum percipiendorum*. Dans ce cas, des auteurs (3), ayant beaucoup

1. Merlin, Répertoire, v° *Emphytéose*, III, p. 563 et suiv.
2. *Contra*, M. Lefort, *op. laud.*, p. 289, mais il ne donne aucune raison.
3. Voët, n° 116 ; Faber, *Cod.*, lib. 4, t. 43, def. 36 ; Dumoulin, commentaire

d'autorité, admettent que l'emphytéote pouvait demander la remise proportionnelle du canon, pour cause de perte partielle du fonds, de stérilité inaccoutumée, d'invasion ou de charges extraordinaires imposées par l'État. La raison en est, disaient-ils, que dans ce cas l'emphytéose se rapprochait d'une façon frappante de la nature du bail ordinaire fait à longues années. Mais cette opinion est trop contraire à la nature de l'emphytéose et aux principes du droit romain. L'emphytéote, par la durée de sa jouissance et par l'étendue de ses droits, notamment par le droit d'hypothéquer et d'aliéner, se rapprochait du propriétaire d'une manière trop sensible, pour n'être pas présumé avoir pris à sa charge des risques plus considérables que ceux d'un simple fermier. De plus, cette circonstance que le canon avait été calculé sur l'importance des fruits perçus par l'emphytéote, rapprochait le contrat emphytéotique du contrat de bail à rente foncière, où la redevance emportait aussi la plus grande partie du revenu du fonds, cependant on n'a jamais songé à accorder aucune remise au preneur (1). D'ailleurs, en supposant qu'on eût pu admettre ce tempérament en droit romain, ce qui n'est pas vrai, il y avait une raison particulière pour l'écarter dans l'ancien droit français ; en effet, l'emphytéote jouissait de la faculté toute nouvelle, inconnue par les Romains, du déguerpissement.

Enfin, on peut ajouter, que c'était précisément en vue des cas fortuits que la quotité de la redevance était toujours peu élevée ; l'emphytéote trouvait une compensation aux mauvaises années dans la surabondance.

Par une compensation équitable, on ne soumettait pas l'em-

du Code, titre de *jure emphyteutico*, (t. III, *Des œuvres compl.*, p. 688, col. 1, p. 689, col. 1). Troplong, *op. laud.*, p. 187 et 194.

1. Argou, *op. laud.* l. III, ch. 28. Duvergier, t. I, n° 165, p. 148 et les autorités qu'il cite. Pépin le Halleur, *op. laud.*, p. 298 ; Merlin, Répertoire, v° *Emphytéose*, p. 568 et suiv.

phytéote à une augmentation du canon à raison des accessions qui pouvaient survenir au fonds. Mais si l'on venait à joindre un fonds nouveau à un fonds déjà concédé, il est évident qu'il y avait lieu à une augmentation du canon, car il n'y avait pas là un accroissement apporté à l'emphytéose, mais bien deux emphytéoses se trouvant rapprochées l'une de l'autre.

La question de la remise du canon nous amène à rechercher les causes de sa modicité. A ce sujet, M. Troplong (1) empruntant à Argou (2) l'explication donnée par celui-ci de la modicité du cens, prétend qu'à l'origine la redevance emphytéotique avait sans contredit représenté la valeur des fruits du fonds ; seulement, cette redevance devint de plus en plus faible par suite de l'altération des monnaies ; ce fut même ce peu de valeur du canon qui le fit considérer comme la simple reconnaissance de la supériorité du bailleur.

Cette théorie, ingénieuse d'ailleurs, ne nous séduit point. Elle se trouve renversée par cette simple considération, que si le canon emphytéotique s'était trouvé réduit à un taux insignifiant par suite de l'altération des monnaies, on aurait, sans aucun doute, dans les emphytéoses postérieurement constituées, élevé plus haut ce taux de la redevance, on l'aurait certainement mis en rapport direct avec les fruits du fonds. Aussi, croyons-nous devoir chercher notre explication dans un autre motif. Pour nous, le canon emphytéotique était établi comme signe récognitif du domaine direct.

En effet, un tout autre intérêt poussait les parties à recourir à un contrat emphytéotique. Le plus souvent on trouvait cet intérêt dans les *deniers d'entrée*, stipulés du preneur au moment de son entrée en possession, ce qui donnait à l'emphytéose un caractère

1. *Op. laud.*, t. I. n° 34, p. 184 et suiv.
2. *Op. laud.*, l. III, ch. 4.

bien voisin de la vente (1). Un autre intérêt se présentait très-fréquemment sous la forme d'une clause d'amélioration ou d'amortissement d'une dette. Enfin, une dernière raison de la modicité du canon peut se tirer de ce que la redevance annuelle était fixée à forfait ; elle n'était pas susceptible même d'une remise temporaire en cas d'accident.

L'emphytéote pouvait évidemment prescrire les arrérages échus depuis plus de trente ans ; il pouvait aussi arriver à prescrire une diminution dans la quotité de la redevance, si le bailleur ne réclamait pas en temps utile.

Mais l'emphytéote pouvait-il, au moyen de la prescription, se libérer de l'obligation même de redevance ? L'affirmative est soutenue par quelques auteurs. Ils disent, que, si le cens et les autres redevances récognitives de la directe seigneuriale étaient imprescriptibles ; au contraire, les redevances foncières non seigneuriales et le canon emphytéotique bien certainement, étaient, toutes dans l'ancien droit français, prescriptibles ; le possesseur du fonds en était libéré, quand il avait laissé passer sans l'acquitter le temps exigé pour la prescription (2). Nous pensons, que la précarité du titre de la possession était un obstacle à la prescription de la redevance et de la directe emphytéotique.

L'emphytéote est tenu d'apporter à l'exploitation et à la conservation du fonds, les soins d'un bon père de famille. Il doit réparer les constructions, sans qu'on ait à considérer si ces réparations rentrent dans la catégorie des grosses ou des petites,

1. « Dans l'emphytéose, le preneur donne souvent des *deniers d'entrée*.... ce qui n'arrive que rarement dans les baux à rente. » Argou, *op. laud.* l. III, ch. XXV.

2. Comp. Pothier. *Bail à rente*, n° 195 ; *Champart*, art. I, § 1 ; *cens*, art. I, § 3. M. Garsonnet, *op. laud.*, p. 403.

comme dans le cas d'usufruit. De même, si par suite du défaut de réparations en temps utile, le bâtiment s'écroule, l'emphytéote devra le reconstruire. Mais il en serait différemment, si la ruine provenait d'un cas fortuit ; car décider le contraire, serait imposer l'obligation d'améliorer. Quant aux constructions que l'emphytéote aurait élevées sans être obligé, par son titre, il n'est nullement tenu de les entretenir et de les réparer.

Quant aux terres, tout dépend de la situation à l'entrée de la jouissance : si les terres étaient incultes, et qu'il eût été nécessaire d'exécuter des défrichements, de faire des plantations, ou autres travaux semblables, il est tout naturel de supposer que l'intention des parties a été que ces terres seraient défrichées, plantées, cultivées, et, par ces faits mêmes, améliorées. En ce sens on a peut-être parfaitement pu dire que l'emphytéote est tenu d'améliorer. Mais si les terres sont déjà cultivées, fertiles, l'emphytéote n'est tenu que d'apporter à l'exploitation les soins d'un bon père de famille ; de continuer la culture du fonds d'une manière quelconque, faute de quoi le fonds éprouverait des détériorations. Là, s'arrête son obligation, il n'est pas tenu de faire des plantations, des constructions, et en général des actes qui augmentent la valeur du fonds, le rendent meilleur. Pour qu'il en fût différemment, il fallait que l'emphytéote se soit soumis expressément à d'autres conditions par le contrat. C'est donc dans les limites indiquées, qu'on peut dire que l'emphytéote est obligé d'améliorer. « Bien que du commencement, dit Loyseau (1), l'emphytéose ait été introduite pour amender les héritages stériles, comme encore aujourd'hui, elle s'y pratique plus volontiers qu'aux autres ; si est-ce que depuis que Zénon en eût fait un contrat ordinaire, elle se pratiqua aussi bien pour les héritages fertiles que pour les héritages improductifs, comme Dumoulin l'a fort bien remarqué sur

1. *Du déguerpissement*, liv. IV, ch. V, n° 5.

le titre second de la coutume ; par conséquent, il faut croire que le preneur à l'emphytéose n'est point chargé d'améliorer les héritages, s'il ne s'y est soumis expressément par le contrat (1). »

Cependant un autre auteur, Domat (2), comprend au contraire dans la définition qu'il donne de l'emphytéose, l'obligation d'*améliorer*. D'autres auteurs (3) partagent l'opinion de Domat ; ils disent que l'obligation d'améliorer est sous-entendue dans le contrat d'emphytéose. Cujas, lui aussi, fait de la *lex melioratio-nis*, un des éléments essentiels de l'emphytéose.

C'est à cet ordre d'idées que se rattache une des plus graves difficultés de la matière. L'emphytéote, qui a fait durant sa jouissance des constructions ou des améliorations dispendieuses sur le fonds, sans y être obligé par son titre, est-il tenu de les abandonner au propriétaire à l'expiration du bail?

Cette question partageait les meilleurs esprits dans l'ancien droit. Dumoulin (4), Loyseau (5), étaient d'avis que, lorsque l'emphytéose se terminait d'elle-même ; c'est-à-dire, par l'arrivée du terme fixé par le contrat, l'emphytéote avait droit d'enlever ses constructions ou améliorations extraordinaires, si le bailleur ne préférait les garder et payer leur valeur ; mais lorsque l'emphytéose prenait fin par suite de commise, l'emphytéote perdait toutes ses constructions ou améliorations indistinctement ; il ne pouvait ni les enlever, ni demander une indemnité. Coquille adoptait aussi cette distinction, et la donnait comme conforme à l'opinion commune des jurisconsultes ; mais dans l'interpré-

1. *Comp.* M. Duvergier, *op. laud.* t. III, nº 151 et 152; M. Lefort, *op. laud.* p. 350.
2. *Lois civiles*, livre I, titre IV, sect. X, nº 1.
3. M. Garsonnet, *op. laud.* p. 154 et 418.
4. Sur la *cout. de Paris*, § 1, glose 5, nº 80 ; § 3, glose 1, nº 101.
5. *Op. laud.*, liv. VI, ch. VI, nº 6.

tation de la coutume de Nivernais (1), il inclinait vers le système consacré par la jurisprudence en général et notamment par le Parlement de Paris (2). Ce système repoussait d'une manière absolue la prétention de l'emphytéote, sans distinction aucune. Argou (3) considérait cette jurisprudence comme constante, mais il la qualifie de *très-rude*.

Il nous semble, que cette jurisprudence est parfaitement juste.

En effet, l'emphytéote temporaire ne peut pas être considéré comme un possesseur de bonne foi qui a fait des constructions ou des améliorations pour soi, sur un fonds qu'il croyait devoir conserver comme propriétaire ; il a parfaitement su ce qu'il faisait en construisant ou en faisant des améliorations sur un fonds, qu'il savait parfaitement ne pas lui appartenir et qu'il devait quitter à un terme fixe. C'est pour cette raison que nous n'hésitons pas à déclarer qu'il s'est mis dans la situation d'un possesseur de mauvaise foi. De plus, en améliorant il n'a fait que se conformer à l'esprit du contrat, car l'espoir que le fonds reviendrait au propriétaire en meilleur état a pu exercer une grande influence sur ce dernier, pour le déterminer à conclure un pareil contrat. Ajoutons du reste, que l'opinion contraire amènerait un résultat des plus regrettables au point de vue du propriétaire. L'emphytéote pourrait en effet se livrer à des améliorations si considérables, qu'il serait impossible à ce dernier d'en rembourser la valeur, il serait privé de son bien et forcé de laisser l'emphytéote se perpétuer ; ce qui serait à la fois injuste et absolument contraire aux principes du bail emphytéotique (4).

Une troisième obligation enfin incombe à l'emphytéote ; c'est

1. Art. 15, titre VI, *cout. de Nivernais.*

2. Arrêts du 3 mars 1597 ; 26 févr. et 1er mars, 1603 ; 2 juin 1614 et 26 avril 1627 ; Brodeau, *sur Louet,* lettre E, somm. 10 ; Mornac, part. VI, ch. 62.

3. *Op. laud.* liv. III, ch. 28, n° 3 (p. 304, t. II, *ons. édit.*).

4. Comp. Nouveau Denizart, v° *emphytéose* 3, n° 4. Pépin le Halleur, *op.*

celle de supporter toutes les charges réelles et foncières dont le fonds pouvait être grevé.

A ce sujet, Voët et Troplong, se fondant toujours sur cette prétendue analogie qui doit exister entre l'emphytéose et le bail ordinaire, lorsque le canon avait été stipulé proportionnellement aux produits du fonds, ont émis une opinion analogue à celle que nous avons rapportée à propos du canon emphytéotique. Nous nous référons à ce qui a été dit là, il serait inutile d'y revenir.

Tout ce qui a été dit jusqu'ici s'applique également, sans aucune restriction, tant à l'emphytéose perpétuelle qu'à l'emphytéose temporaire.

§ V. — *Modes de constitution de l'emphytéose.*

On peut dire sans exagération que l'emphytéose se constituait presque toujours par le contrat. La rédaction d'un acte n'était pas nécessaire pour la validité du contrat : *ad solemnitatem*. Dumoulin (1) nous présente cette règle comme admise sans conteste par tous les auteurs de son temps, et il combat l'opinion de ceux qui attribuent au droit romain un sysème différent. Pas plus qu'en droit romain, la convention ne pouvait à elle seule avoir pour effet de transférer la propriété ou un droit réel quelconque; il fallait que la tradition ou les formalités connues sous le nom d'*œuvres de la loi* soient effectuées, sans quoi il n'y avait pas de bail emphytéotique en tant que conférant un droit réel, mais une simple promesse réciproque, obligatoire sans doute. C'est ce que

laud. p. 304; Duvergier, *op. laud.* t. III, n° 174; Troplong, *op. laud.* n° 48. Voir aussi ce que nous avons dit en droit romain, pages 114 et suiv.

1. Sur la *Cout. de Paris*, glos. 1, n. 38.

Pothier (1) s'efforce de faire comprendre, avec sa lucidité et sa science ordinaire (2).

La tacite reconduction n'était pas applicable en matière d'emphytéose. Ce contrat opérait un démembrement trop grave de la propriété, pour qu'on étendît jusqu'à lui la rénovation tacite, dont le propriétaire n'éprouve dans le simple bail à ferme presque aucune incommodité (3).

La question de savoir si le bail emphytéotique implique l'obligation du bailleur de faire jouir le preneur du fonds, et par conséquent, l'obligation de garantie en cas d'éviction, est controversée. Un savant auteur a pensé le contraire (4). M. Pépin le Halleur (5) est d'avis que cette décision n'est pas susceptible d'être justifiée, même par la considération de la faculté de délaissement qui appartient au preneur; à moins qu'on n'ait pas stipulé des deniers d'entrée, car alors l'opération ne participe pas de la nature de la vente. Nous pensons que même s'il n'y a pas eu des deniers d'entrée, l'obligation de garantie d'éviction doit exister, car malgré la modicité du canon, l'emphytéote ne peut pas être regardé comme un donataire (6).

On s'est demandé si la rescision pour cause de lésion énorme, c'est-à-dire de plus de moitié, était admise en matière de bail emphytéotique. Beaucoup d'auteurs ont admis l'affirmative (7). Il nous semble que la question ne devait sérieusement être soulevée que lorsqu'il y avait eu des deniers d'entrée versés ; bien que

1. Traité *du bail à rente*, n° 5.

2. Voir Doneau, *Comment.* IX, 13, 14 (t. V, p. 352). Voët, VI, 3, 3. Loisel. *Instit. cout.*, liv. III, tit. IV, règle 6, et la note de Laurière.

3. Troplong, *op. laud.*, p. 192, et les autorités qu'il cite.

4. Faber, *in Cod.*, cité par M. Duvergier, *op. laud.*. n° 176.

5. *Op. laud.*, p. 318.

6. Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. IV, sect. X, n° 7 ; Duvergier, *op. laud.* n° 176.

7. Voët, *ad tit. de rescind. vendit.*, n. 13; Nouveau Denizart, v° *Emphyt.* § 3. Duvergier, *op. laud.* n. 162.

même alors l'existence de la lésion nous semble fort difficile à constater, à cause du caractère en quelque sorte aléatoire du contrat. Cependant les anciens auteurs ne font pas ces distinctions; d'après eux, l'action en rescision aurait toujours été ouverte; ce qui signifie sans doute, suivant nous, que les deniers d'entrée étaient très fréquents : ils ont en vue le cas le plus habituel (1).

Le contrat pouvait être fait à perpétuité ou à terme. Quelle était la limite inférieure, qui la distinguait du simple bail ordinaire? Sur ce point on ne trouve rien de bien précis dans les auteurs.

Les uns (2) se bornent à dire, qu'il était nécessaire qu'il embrassât une longue série d'années, qu'il soit *non ad modicum tempus*. D'autres (3), disent qu'il fallait excéder neuf ans. D'autres enfin (4), rapportent un arrêt dans lequel un laps de trente ans fut reconnu suffisant pour produire les effets emphytéotiques.

Mais quelle était la limite supérieure entre le bail emphytéotique perpétuel et temporaire? De l'avis de tous les auteurs c'était 99 ans, et non cent ans, par crainte, dit Pasquier (5) « que les preneurs ou leurs successeurs se voulussent prévaloir de la possession centenaire que l'on estime un grand et asseuré titre : qui est une moquerie, car possédant précairement comme possesseurs emphytéotiques, ils ne possèdent pas pour, eux mais pour le bailleur, » C'était la durée habituelle des baux emphytéotiques ecclésiastiques (6).

Les auteurs sont divisés sur la question de savoir pour combien de temps se trouve contracté le bail emphytéotique, si par une

1. Comp. Pépin le Halleur, p. 318; Dumoulin, *sur la loi* 14 Code Justin. lib. I et II, n'admet pas cette cause de rescision en matière d'emphytéose.
2. Troplong, *op. laud.*, n° 37, et les auteurs qu'il cite.
3. Ferrières, sur la *Cout. Paris*, art. 78, t. I. p. 1164, n° 12.
4. Bacquet, *Traité des droits de justice*, ch. XII, n. 21.
5. *L'interprétation des institutes de Justinien* (éd. Giraud), p. 711.
6. Troplong, *ibidem*.

clause expresse un terme n'a été fixé à sa durée. Selon les uns (1), le bail est censé fait à perpétuité, selon les autres (2), le bail ne doit alors recevoir qu'une durée de quatre-vingt-dix-neuf ans.

Il nous semble, que ces deux opinions devaient se concilier et non s'exclure. Les pays de droit écrit où dominait le principe de l'allodialité, reconnaissaient que la présomption était en faveur de l'emphytéose perpétuelle, à la différence des pays de droit coutumier où on appliquait la maxime *nulle terre sans seigneur*, et où il était admis que, toutes les fois que les parties avaient su qu'elles appliquaient à une censive les règles du bail emphytéotique, on présumait que, ne pouvant constituer une emphytéose perpétuelle, elles avaient simplement entendu parler d'une concession à temps (3).

L'emphytéose pouvait s'établir sur un héritage rural, ou même sur un édifice ; les moulins étaient le plus souvent l'objet d'une concession de ce genre.

Le testament était le second mode de constitution de l'emphytéose (4), mais il est difficile d'en trouver des exemples ; tellement ce mode était ignoré dans la pratique.

Le troisième mode d'établissement de l'emphytéose était la prescription, ou pour mieux dire, l'usucapion, ce qui avait lieu : soit que le détenteur eût possédé la chose d'autrui comme emphytéote ; soit qu'il eût possédé sa propre chose au même titre en payant à un tiers un canon annuel, lui imprimant ainsi la qualité de propriétaire du domaine direct ; soit qu'il eût acquis l'emphytéose *à non domino*, en vertu d'un titre translatif de propriété. Nous ne rencontrons plus ici les mêmes discussions et

1. Merlin, *Répertoire*, v. Emphytéose, § 1, n° 1, *in fine*.
2. Brodeau, sur l'art. 149 de la *Cout. de Paris*.
3. Pépin le Halleur, p. 286.
4. Voët, *si ager vectig.*, n° 4. Blondeau, *Chrestomathie*, p. 398.

règles que dans le droit romain, pour deux raisons également décisives ; c'est que les règles de la prescription ont subi depuis cette époque des modifications considérables, et le droit emphytéotique a changé de nature.

Nous avons vu, que si l'on doit refuser à l'emphytéote romain la faculté d'usucaper, c'est principalement parce que la redevance annuelle dont il est débiteur constitue une obligation personnelle envers le *dominus*, et qu'une telle obligation ne peut prendre naissance que dans le contrat proprement dit. Mais dans la période féodale, la redevance annuelle se confondit avec la rente foncière, dont elle emprunta la nature : elle fut due à proprement parler par le fonds et non par la personne du détenteur ; elle devint une manière d'être de ce fonds, et perdit ainsi de son importance spécifique. Attachée au fonds emphytéotique comme une condition nécessaire de l'existence du domaine utile, toutes les fois qu'une emphytéose est formée, elle la suit comme corollaire, sans nécessiter une obligation spéciale, une convention intervenue entre l'emphytéote et le propriétaire. La rente foncière pouvait, aussi bien que le fonds lui-même, être acquise par usucapion, il en était de même et pour les mêmes raisons de la rente emphytéotique. Restait néanmoins une question de fait très délicate : l'appréciation des faits de possession allégués par le soi-disant emphytéote. « Il fallait interroger avec soin, dit M. Troplong, les faits de la jouissance, la nature de la prestation, afin de voir si celui qui se prétendait emphytéote n'était pas un simple bailliste. Sans quoi on eût rendu tous les baux à ferme perpétuels. »

Un auteur estimé, M. Pépin le Halleur (2), n'admet pas qu'à proprement parler, la prescription de trente ans puisse servir de fondement à une emphytéose temporaire. Le motif déterminant

1. *Op. laud.*, n° 35.
2. *Op. laud.*, p. 319, 323.

serait, d'après cet auteur, que la redevance n'aurait pas eu son caractère de rente foncière, mais celui d'une obligation personnelle, comme en droit romain, ne pouvant se former que par la convention. Mais suffit-il que la redevance ne soit plus perpétuelle, pour qu'on ne puisse plus l'assimiler à une rente foncière? La nature de cette dernière est sans doute d'exister à perpétuité; mais par suite de la faculté de rachat, elle pouvait très souvent s'éteindre. Le motif ne nous paraît donc pas péremptoire. D'ailleurs, nous n'insisterons pas à cause du peu d'intérêt de la question. C'est sans doute pour ce motif, que les anciens auteurs passent tous sous silence l'acquisition par usucapion de l'emphytéose temporaire. En effet, du moment où le possesseur pouvait présenter trente ans de possession à titre d'emphytéote, c'était bien plus de son intérêt de se prétendre emphytéote perpétuel; ce qui ne soulevait au moins aucune difficulté, bien entendu si la qualité du fonds lui permettait d'invoquer un pareil droit, car nous savons qu'il y avait des fonds auxquels on ne pouvait appliquer l'emphytéose perpétuelle.

Une question nous reste à examiner. La constitution d'emphytéose donnait-elle lieu au retrait lignager?

Suivant quelques auteurs, ce droit était ouvert, non-seulement en cas d'emphytéose perpétuelle, mais même quand elle était simplement temporaire : « Baux de quatre-vingt-dix-neuf ans ou longues années, sont sujets à retrait », dit Brodeau (1); en effet, ajoute-t-il : « le bailleur semble avoir voulu frauder ses parents et lignagers par une si longue location. »

Quelques auteurs, d'ailleurs, professaient l'opinion contraire et refusaient le droit de retrait quand l'aliénateur avait retenu une directe; le propre, en effet, avait subi une modification et même, sans doute, une perte de valeur; mais, à proprement parler, il

1. Sur la *Cout. de Paris*, n° 143.

n'était pas sorti de ses mains ; or, cette institution avait pour but unique la conservation des biens dans la famille.

§ 6. — *Extinction de l'emphytéose*

Il faut distinguer les causes naturelles d'extinction et les causes de déchéance.

I. *Causes naturelles.* — Elles sont à peu près les mêmes en droit français qu'en droit romain. Elles sont différentes suivant que l'emphytéose est perpétuelle ou temporaire.

Pour cette dernière, il y a d'abord l'arrivée du terme fixé ou présumé par la coutume. Nous savons que la tacite reconduction n'était pas admise comme en matière de louage. Mais on peut se demander quelle était, en attendant, la nature de la possession de l'emphytéote qui se maintenait en jouissance même après l'expiration du terme ? Suivant M. Pépin le Halleur (1), cette possession serait celle du locataire, à moins que l'emphytéote, en refusant le payement de la redevance, et en contestant ainsi la propriété du bailleur, ne se soit par là même, assimilé à un possesseur de mauvaise foi. Un mode d'extinction inconnu au droit romain, est le déguerpissement. Cette innovation, que les interprètes du droit romain ne laissèrent pas introduire sans protester, se rattache à la distinction du domaine direct et du domaine utile, et à cette idée, que le droit de la redevance foncière était plutôt la conséquence d'un droit de propriété que le résultat d'une obligation (2).

Le déguerpissement n'était pas de la nature de l'emphytéose, l'emphytéote pouvait y renoncer ; mais il devait à cet effet em-

1. *Op. laud.* p. 317 et suiv.
2. Pothier, *Bail à rente*, n° 123.

ployer des termes formels, se servir d'une des formules dont l'usage avait déterminé le sens ; comme celle de : « *fournir et faire valoir la rente.* » L'emphytéote qui s'était engagé à faire des améliorations conservait le droit de déguerpir, mais il devait au préalable exécuter tous les travaux par lui promis.

Quant aux autres conditions dans lesquelles l'emphytéote pouvait déguerpir, il faut se rapporter à ce que nous avons dit au sujet de la rente foncière.

Le bail emphytéotique temporaire impliquait presque toujours de véritables obligations pour le preneur, comme celle de faire les améliorations promises, de libérer le bailleur de sa dette. Son droit avait une analogie bien plus grande sous ce rapport avec celle du locataire : c'est pourquoi beaucoup d'auteurs contestaient sérieusement le droit de déguerpir à l'emphytéote temporaire (1).

Viennent ensuite les causes d'extinction communes, tant à l'emphytéose perpétuelle et à l'emphytéose temporaire, qu'au droit romain et français.

En première ligne, c'est la cause d'extinction résultant de la perte intégrale de la chose. Pour l'application de cette règle il fallait dans la pratique distinguer avec soin, lorsque le bail emphytéotique s'appliquait à un terrain sur lequel s'élevaient des constructions qui avaient péri, si c'était l'édifice même ou le sol chargé des constructions qui avait été baillé à titre d'emphytéose. On comprend aisément que le droit de l'emphytéote serait éteint dans le premier cas, et qu'il subsisterait dans le second (2).

Si le fonds ne périssait qu'en partie, le canon ne devait pas être proportionnellement diminué ; le sol ou l'édifice qui restait continuait à servir d'assiette à la redevance. Cependant, les au-

1. Despeisses, *de Droits seigneuriaux*, t. IV, art. IV, § 14, nº 3. Loyseau, *du déguerpissement*, l. IV, ch. IX, nº 11 ; Duvergier, *op. laud.* nº 175 ; Pépin le Halleur, p. 307.

2. Pépin le Halleur, p. 306.

teurs qui voulaient une diminution en cas de stérilité accidentelle, soutenaient également qu'il fallait réduire proportionnellement, lorsque la redevance avait été fixée eu égard aux produits du fonds.

La confusion, résultant de la réunion sur la même tête des qualités d'emphytéote et de propriétaire, ne pouvait se produire que par succession, donation ou autre convention, sans qu'il fût possible à l'emphytéote d'acquérir la pleine propriété, en conservant la jouissance sans payer de canon pendant un laps de temps aussi long qu'on veuille le supposer. Il ne pouvait jamais en effet prescrire contre son titre originaire, à cause de la précarité dont ce titre se trouve entaché ; la directe emphytéotique, bien que non seigneuriale, était donc imprescriptible (1).

La mort de l'emphytéote, sans qu'il laisse de successeurs ;

La prescription de trente ans au profit du propriétaire rentré en possession de son fonds, et qui l'avait conservé pendant ce laps de temps sans trouble de la part de l'emphytéote ;

La prescription de la propriété du fonds par une personne qui l'a possédé en pleine franchise.

On peut mentionner encore deux causes particulières d'extinction. La première, c'est la rescision du contrat pour cause de lésion de plus des sept douzièmes, dont nous avons déjà parlé. La seconde, est relative aux effets du *décret forcé* ou saisie-immobilière suivie d'adjudication, pratiquée par les créanciers de l'emphytéote sur les biens de celui-ci.

Si les créanciers faisaient vendre comme franc le bien emphytéosé, sans que le bailleur ait formé d'opposition en temps utile à fin de le distraire, l'adjudicataire l'acquérera en pleine propriété, et le bailleur se trouvera frustré. C'est ainsi que décident plusieurs arrêts, rendus même contre des absents et des mineurs.

1. Merlin, répert. v° *emphytéose*, § 1, n° 9.

Cependant, la jurisprudence se montrait plus favorable à l'égard de l'Église ou d'établissements de bienfaisance : aussi, le commentateur ajoute que la faveur de l'Église l'a emporté sur les règles et maximes (1).

2. *Causes de déchéance.* — C'est à ce sujet que nous remarquerons les différences les plus importantes entre le droit romain et l'ancien droit français. Les anciennes déchéances sont notablement réduites, et surtout adoucies dans les applications. Nous allons les examiner successivement.

La première cause de déchéance est dans les abus énormes, les dégradations considérables, les malversations dommageables dont l'emphytéote était convaincu pendant sa jouissance. Il faut cependant se référer à ce que nous avons dit ci-dessus des droits de l'emphytéote, pour apprécier quels faits sont estimés dégradations, quels autres rentrent au contraire dans les modifications permises. On devrait être plus sévère pour l'emphytéote temporaire que pour l'emphytéote perpétuel ; la responsabilité du premier se rapprochant plutôt de celle de l'usufruitier.

On peut ajouter, que le propriétaire du domaine direct avait le choix de demander la résolution du contrat, ou de poursuivre l'emphytéote en justice pour le contraindre à réparer les dégradations ; mais les tribunaux étaient souverains pour apprécier les faits, et décider si l'emphytéote serait tenu de faire les réparations nécessaires, ou bien pour prononcer contre lui la déchéance (2).

Une autre cause de déchéance se tirait de la négligence de l'emphytéote à payer la redevance aux époques fixées. On a vu qu'en droit romain, le défaut de payement pendant trois ans pour un fonds emphytéotique séculier, ou deux ans pour un fonds ec-

1. Ferrières, sur l'art. 319 de la *cout. Paris*, t. IV, p. 1435-39, nos 9 et 15.
2. Pépin le Halleur, *op. laud.*, p. 308 ; Comp. Troplong, *op. laud.*, t. I, p. 204.

clésiastique, produisait la déchéance de plein droit, en ce sens que l'emphytéote était en demeure par la seule échéance du terme, et conséquemment, il autorisait l'expulsion, quoique aucune sommation de payer n'eût été faite, et sans qu'un délai de grâce puisse être accordé par le juge.

Mais le droit canon n'adopta pas cette disposition dans toute sa rigueur ; il adoucit la position de l'emphytéote de biens ecclésiastiques ; il l'autorisa à purger sa demeure en soldant l'arriéré avant le jugement de condamnation. Ce tempérament ne tarda pas à passer dans la jurisprudence civile, même dans les pays de droit écrit.

On y avait même dépassé la limite du droit canon ; la faculté de purger fut permise quand même les clauses les plus expresses du contrat eussent porté que le contrat serait dissous « *de plein droit et sans forme de procès* », par suite de l'échéance seule du terme ; cette clause résolutoire était considérée comme de style et réduite à de purs effets comminatoires. La commise ne pouvait résulter que de la sentence du juge, qui avait le pouvoir discrétionnaire d'accorder des délais de grâce, pour acquitter les canons arriérés, à l'expiration duquel seulement la commise était prononcée (1).

Nous venons d'exposer la doctrine généralement enseignée par les auteurs ; mais ce sentiment n'est pas unanime. Ainsi, Loiseau (2) allait jusqu'à dire, que « la commise pour cessation de payement du canon emphytéotique n'est pas observée en France *par droit commun et sans stipulation expresse*, comme en droit romain ». Il affirme donc la disparition de cette cause de déchéance. Argou (3) disait au contraire : « Ce contrat est suscep-

1. Duvergier, *op. laud.*, n° 166, p. 150 ; Troplong, *op. laud.*, p. 198 et les auteurs qu'ils citent.

2. *Des offices*, liv. I, ch. XVIII, n° 4.

3. *Instit. au dr. franç.*, liv. III, ch. XXVIII, *in princip.*

tible de toutes les conventions que les parties y veulent insérer ; mais il y a trois choses que les lois y suppléent, quand les parties n'ont pas fait des conventions contraires » ; et, au nombre de ces trois choses il range la commise faute de payement pendant trois ans. De même, Dumoulin (1) considérait la commise comme une différence spécifique entre l'emphytéose et le bail à rente ou à cens.

Nous pensons, que les textes contradictoires peuvent s'expliquer, par les modifications profondes qui avaient adouci la rigueur primitive de la commise, au point de la rendre méconnaissable ; et, de ce que dans les pays de droit écrit, les écrivains confondaient fréquemment l'emphytéose avec le bail à cens, lequel n'impliquait comme sanction pour défaut de payement, que la saisie et l'amende.

En résumé, nous pensons que la commise emphytéotique, bien que considérablement altérée, n'en existait pas moins dans l'ancien droit ; seulement, à la différence du droit romain, il était toujours indispensable qu'elle fût prononcée par la sentence du juge (2).

Une troisième cause de déchéance, établie par le droit romain, était fondée sur les contraventions de l'emphytéote aux règles qui lui étaient prescrites pour le cas d'aliénation de son droit. A croire Argou (3), cette cause de déchéance serait encore en vigueur dans l'ancien droit : « Si l'emphytéote avait vendu sans dénoncer au seigneur, il y avait lieu au droit de commise.» Cette sanction sévère se justifiait facilement dans les principes romains ; car l'emphytéose étant un simple *jus in re aliena*, on de-

1. Sur la rubrique du titre 2 de la *cout. de Paris*, § 73, n° 33.

2. Consultez Domat, *Lois civiles*, liv. I, t. IV, sect. X, n° 10 ; Merlin, quest., v° *Emphyt*, § 3, n° 1, p. 631 ; Répert., v° *commise emphytéot.*, t. II, p. 504 et suiv. ; Pépin le Halleur, p. 309-316.

3. *Op. et loc. laud.*

vait par tous les moyens favoriser la consolidation de la propriété. Mais, sous la féodalité, l'emphytéose perpétuelle a revêtu une nouvelle nature ; elle transfère le domaine utile au preneur pour ne laisser au bailleur que le domaine direct; or, à cette époque, cette décomposition de la propriété formant le droit commun, il n'y avait plus les mêmes raisons, au moins en ce qui concerne l'emphytéose perpétuelle, pour multiplier les causes d'extinction du droit emphytéotique. D'après Voët (1), cette cause de déchéance était tombée en désuétude dans plusieurs Etats.

Elle n'a été admise par la jurisprudence française, que pour empêcher un concert frauduleux entre l'emphytéote et l'acquéreur soit pour éluder ou diminuer les droits de mutation dus au bailleur, soit au contraire, pour exagérer le prix d'aliénation à l'effet de rendre impossible le droit de prélation (2).

§ 7. — *Transmission du droit emphytéotique.*

Il faut tout d'abord distinguer la transmission entre-vifs de la transmission héréditaire.

Pour la transmission entre-vifs, un grand nombre d'auteurs nous enseignent, que contrairement à la théorie du droit romain, l'emphytéote pourrait aliéner librement sans l'autorisation du propriétaire : *irrequisito domino*. On sait qu'en droit romain l'emphytéote devait avant d'aliéner, dénoncer au propriétaire le projet d'aliénation, et lui payer un droit proportionnel à la valeur du fonds : *laudemium*, lorsque ce propriétaire ne voulait pas user du droit de retrait que la loi lui reconnaissait.

1. Ad Pand. *si ager vectalis petatur*, n° 21.

2. Comp. les arrêts cités par Merlin, répert. v° *commise emphytéotique*; Pépin le Halleur, *op. laud.* p. 316. Voyez les détails de la question dans le § suivant.

Voilà ce que MM. Troplong et Duvergier (1) n'ont pas cru devoir admettre dans l'ancien droit. Pour soutenir leur opinion, ils se sont particulièrement appuyés sur un passage de Dumoulin (2) relatif à la censive, où se trouvent à la vérité ces mots : «... do-« minis irrequietis libere alienabilia in toto regno; idem *etiam de* « *verra emphyteosi*, EX CONSUETUDINE GENERALI. » Mais ce passage est contredit par toute une théorie professée par Dumoulin lui-même, dans une autre partie de son ouvrage, où il dit : «com-« missum de quo in l. 2. et ult, C. de jure emphyteutico, non « habet locum, *nisi in vera emphyteosi*... »

Ce qui est encore singulier, c'est que M. Duvergier cite parmi les autorités qu'il invoque, celle d'Argou. Or, ce même auteur nous apprend dans un passage (4) que nous venons de citer tont-à-l'heure que parmi les trois choses que les lois suppléent, quand les parties n'ont point fait de convention contraire se trouve la suivante, à savoir, que en cas d'aliénation de son droit, l'emphytéote est tenu d'offrir au seigneur direct la préférence, à la charge par ce dernier d'accepter les conditions de l'aliénation proposée.

Ces circonstances et l'autorité de plusieurs auteurs (5), nous portent à croire que la théorie de la transmission du bail emphytéotique n'était pas aussi éloignée du droit romain qu'on se plaît à le dire. Cependant, il est probable que cette question ne recevait pas une décision uniforme, et qu'elle variait au contraire selon les localités.

1. *Op. laud.* n° 44; *op. laud.* n° 164.
2. Sur la *cout. Paris*, § 73, glos. 2, n° 1.
3. § 73, *præm.* n°s 40, 41. *Junge*, § 82, glose 1, n°s 9, 10 et 11.
4. Argou, *Op. laud.*, liv. III, ch. 28.
5. Merlin, répertoire, v° *location perpétuelle*. Questions de droit, *eodem verbo*, § 1, il se prononce catégoriquement pour l'existence, dans l'ancien droit, du droit de prélation ou de retrait en cas d'aliénation du droit emphytéotique.

Nous avons pour appuyer plus solidement notre opinion des textes (1) législatifs de dates différentes, qui s'accordent à reconnaître au propriétaire la perception de droits semblables à ceux que le *dominus* percevait en droit romain, et les seigneurs d'après le droit féodal.

Mais cette obligation est spéciale à l'emphytéose perpétuelle ; ces droits ne pouvaient pas être réclamés à l'emphytéote temporaire (2).

Il nous reste à mentionner que le fonds emphytéotique était sujet au retrait lignager en cas de vente faite par l'emphytéote. Ce retrait avait lieu, au dire de Pothier (3), quand même l'emphytéose n'était que temporaire.

Quant à la transmission héréditaire, nous aurons peu de chose à dire. L'emphytéose constituant un immeuble ordinaire, elle était donc soumise, selon les cas, aux règles qui régissaient la succession soit aux propres, soit aux acquêts. La redevance était indivisible. Mais cette indivisibilité ne faisait pas obstacle au partage en nature entre les héritiers de l'emphytéote. Elle n'avait pas non plus pour effet de rendre ces héritiers solidaires quant au payement de la redevance ou à l'exécution des autres obligations du preneur. Elle n'avait pour but que d'assurer au bailleur le bénéfice de la commise pour la totalité des objets compris dans le bail originaire, lorsqu'il n'était pas intégralement payé.

1. La déclaration de Louis XV, du 2 janvier 1769 et l'art. 5, tit. IV, de la loi du 18-29 décembre 1790.
2. Pépin le Halleur, p. 324 et suiv.
3. *Des retraits*, nº 28. *Contra*, Hervé, *op. laud.* t. II, p. 330 et suiv.

DEUXIÈME PARTIE

L'EMPHYTÉOSE DANS LE DROIT INTERMÉDIAIRE ET DANS LE DROIT ACTUEL FRANÇAIS

CHAPITRE I

INFLUENCE DES LOIS RÉVOLUTIONNAIRES SUR LA THÉORIE DE L'EMPHYTÉOSE

Le régime féodal avait autrefois organisé la France, à une époque où nulle autre organisation n'était possible; il avait donné à la société naissante du moyen âge une protection bien imparfaite sans doute, suffisante pourtant, et à l'abri de laquelle le territoire s'était peuplé, la classe moyenne s'était enrichie, s'était élevée jusqu'à former le Tiers-État, l'égal des autres ordres, et la force vive de la nation française. Mais aucun temps, aucun système ne sont demeurés aussi odieux au peuple. C'est que depuis longtemps la féodalité vivait sur son passé, et ne rendait plus aucun service : son rôle militaire était fini depuis la création des armées permanentes, la monarchie ayant repris la puissance publique se chargeait de donner à la nation l'ordre et la sécurité. Cependant, les vieilles formes étaient toujours subsistantes, c'était un vaste échafaudage qui ne soutenait plus rien, qui irritait le peuple parce qu'il n'en voyait plus l'utilité, et qu'il avait perdu le sens de son antique signification.

L'édifice féodal avait donc vieilli ; des réformes étaient devenues urgentes ; elles étaient réclamées par tous et signalées par les ordres privilégiés eux-mêmes. « L'objet des insurrections c'est la féodalité », tel est l'aveu des membres de l'Assemblée nationale de 1789. Par un vote unanime, inspiré par le dévouement au bien public, ils rendirent cette décision éloquente dans sa simplicité : « l'Assemblée nationale détruit entièrement le régime féodal (1). L'œuvre de la législation abolitive du régime féodal consiste tout entière en affranchissement, soit des terres, soit des personnes.

On peut résumer ainsi les réformes des lois quant aux locations perpétuelles ou à longue durée : 1° les redevances féodales mélangées de féodalité furent supprimées sans indemnité (2) ; 2° les redevances perpétuelles purement foncières qui étaient autrefois immobilières et irrachetables furent déclarées mobilières et rachetables, nonobstant toute clause d'irrédimibilité (3) ; 3° les redevances qui ne constituaient qu'un simple loyer ou fermage, et qui ne supposaient aucune transmission quelconque de propriété de la part du bailleur au preneur, furent maintenues entièrement.

Voyons maintenant quel effet ces réformes ont produit sur le contrat d'emphytéose. Le premier texte qui se réfère à l'emphytéose est le décret des 18-29 décembre 1790, relatif au rachat des rentes foncières. L'article 1 du titre 1 de cette loi est ainsi conçu : « Toutes les rentes foncières perpétuelles, soit en nature, soit en « argent, de quelque espèce qu'elles soient, quelle que soit leur « origine, à quelques personnes qu'elles soient dues... seront rachetables... »

1. Décret du 4-11 août 1789, art. 1.
2. Décret du 17 julllet 1793, art. I.
3. Décret du 4-11 août 1789, art. 6; Décret du 29 décembre 1790, art. 1; Décret du 17 juillet 1793, art. 2.

« Il est défendu de plus, à l'avenir, de créer aucune rede-
« vance foncière non remboursable, *sans préjudice des baux à*
« *rente ou emphytéose, et non perpétuels, qui seront exécutés*
« *pour toute leur durée, et pourront être faits à l'avenir pour*
« *quatre-vingt dix-neuf ans et au-dessous*, ainsi que les baux à
« vie, même sur plusieurs têtes, à la charge qu'elles n'excéderont
« pas le nombre de trois. »

Ainsi, à partir de cette loi, les emphytéoses perpétuelles avec redevances non remboursables, furent interdites ; mais il n'en résultait pas que si une semblable emphytéose était constituée à l'avenir, elle dût être déclarée nulle (1). La loi des 18-29 décembre 1790 introduit seulement cette modification considérable, aux principes en vigueur : la faculté essentielle pour l'emphytéote perpétuel de racheter la rente fixe et les droits casuels qui formaient le prix de sa concession. Sauf ce changement, les emphytéoses perpétuelles continuèrent à être régies par les principes de l'ancien droit ; c'est-à-dire, que le bailleur conservait jusqu'au rachat le domaine direct.

Un auteur estimé, M. Pépin le Halleur (2), soutient cependant, que les emphytéoses perpétuelles furent complètement assimilées aux baux à rentes foncières ; en d'autres termes, que les bailleurs furent dépouillés de leur domaine direct. Mais c'est aller trop loin, il nous semble, car le décret de 1790 n'assimile nullement le bailleur à emphytéose au bailleur à rente foncière. « Dans la théorie de l'Assemblée constituante, dit M. Laferrière (3), la faculté qui était accordée à l'ancien vassal, au censitaire, au débiteur de la rente foncière, de racheter les droits perpétuels irrachetables, se réduisait en dernière analyse à la faculté d'acheter *une propriété*

1. Arrêt du 15 déc. 1824 de la Cour de cassation, cassant l'arrêt du 28 mai 1821 de la Cour de Colmar.

2. *Op. laud.*, p. 331 ; voyez aussi, M. Lefort, *op. laud.*, p. 315.

3. *Essai sur l'hist. du dr. français*, t. II, p. 114. *Sic*, M. Lefebvre *à son cours.*

qu'ils n'avaient pas (selon les propres expressions du rapport de M. Tronchet. »

Il n'est donc pas exact de dire, que le démembrement de la propriété en domaine direct et utile par l'effet du bail emphytéotique, a été aboli par le décret des 18-29 décembre 1790. Il ne fut pas davantage aboli, par le décret des 25-28 août 1792, par lequel, sous prétexte de redresser les abus qui auraient pu être commis par l'application de la maxime : « *nulle terre sans seigneur* », l'Assemblée législative supprima en réalité tous les droits utiles quelconques, féodaux ou censuels, en retournant contre les seigneurs la présomption établie à leur profit, et en les forçant de prouver par l'*acte primordial de concession* que les redevances leur étaient dues comme prix ou comme condition de la cession d'un fonds; ni par le décret plus radical encore du 17 juillet 1793, par lequel la convention acheva cette œuvre d'iniquité, en supprimant sans indemnité aucune, toutes les redevances seigneuriales, droits féodaux, censuels, etc. En effet, ces décrets ne font aucune mention de ce démembrement de la propriété ; mais il a été, sans nul doute, supprimé par les lois du 9 messidor an III, et du 6 brumaire an VII, dont nous parlerons bientôt.

Quant aux emphytéoses temporaires, le décret des 18-29 décembre 1790 n'innove en rien, il ne les mentionne que pour déterminer la durée pour laquelle elles pourront être constituées à l'avenir. On a dit, il est vrai, que ce décret avait transformé l'emphytéose en un simple louage (1), mais cette opinion est tout à fait inacceptable. Rien dans la loi de 1790 n'annonce une pareille transformation, et cette affirmation se trouve démentie, soit par la loi du 15 septembre 1791 dont nous parlerons bientôt, soit par les lois de messidor an III et de brumaire an VII, qui rangent l'emphytéose temporaire au nombre des biens susceptibles d'hy-

1. Fœlix et Henrion, *Rentes foncières*, p. 28.

pothèque. L'emphytéose temporaire continue donc à être régie par les principes de l'ancien droit, c'est-à-dire, qu'elle confère au preneur un droit réel de jouissance analogue à celui de l'usufruitier. Un décret des 18-27 avril 1791, relatif au mode de vente des droits résultant pour l'État des emphytéoses temporaires, consenties avant le 2 octobre 1789 par les corporations ecclésiastiques et les bénéficiers, dont les biens ont été à cette époque déclarés nationaux, qualifie dans son article 14 de *nue-propriété* le droit, qui, pendant l'emphytéose temporaire, appartient sur le fonds au bailleur. Il est vrai qu'un autre décret des 15 septembre-16 octobre 1791, qui est d'une application générale à toutes les emphytéoses, même des particuliers, désigne sous le nom de droit à la « *propriété reversible* », le droit qui appartient au bailleur à emphytéose temporaire, ce qui semblerait faire revivre l'ancien prétendu domaine utile au profit de l'emphytéote temporaire. Mais l'inexactitude de cette locution est corrigée par les lois sur le régime hypothécaire, qui, se conformant aux principes, ne parlent plus que d'un droit de jouissance, c'est-à-dire, d'un simple droit réel. Ainsi, la loi du 9 messidor an III s'exprime de la manière suivante dans son article 5 : « sont seuls susceptibles d'hypothèque :

1° La *propriété* des biens territoriaux étant dans le commerce ou pouvant être aliénés, de leurs accessoires inhérents ou établis à perpétuelle demeure, ensemble des fruits non recueillis, des bois non coupés et des servitudes foncières.

« 2° *L'usufruit* des mêmes biens, *résultant seulement des baux emphytéotiques*, lorsqu'il reste encore vingt-cinq années de jouissance. »

Par cette loi, non seulement le droit de l'emphytéote temporaire est qualifié d'*usufruit*, mais même il n'est susceptible d'hypothèque qu'autant qu'il dût encore durer vingt-cinq ans. C'est revenir ainsi à l'appréciation vraie de la nature et de l'étendue du

droit de l'emphytéote temporaire, qui certainement ne pouvait être mieux traité par la législation de cette époque, qu'il ne l'était auparavant sous la période monarchique.

Enfin, la loi du 11 brumaire an VII s'exprime en ces termes, dans son article 6 : «Sont seuls susceptibles d'hypothèques :

« 1° Les *biens territoriaux* transmissibles, ensemble leurs accessoires inhérents ;

« 2° L'*usufruit* ainsi que la *jouissance à titre d'emphytéose* des mêmes biens, pour le temps de leur durée. »

Suivant Merlin (1), la loi du 9 messidor an III n'aurait innové qu'en confondant deux droits, jusqu'alors parfaitement distincts, le domaine utile de l'emphytéote temporaire et l'usufruit proprement dit.

Merlin prétend qu'il n'y avait là qu'une dérogation temporaire aux anciens principes, auxquels serait, du reste, revenu l'article 6 de la loi du 11 brumaire an VII, mentionnant à côté de l'usufruit la *jouissance à titre d'emphytéose*, parmi les biens susceptibles d'hypothèque. A l'en croire, ces expressions auraient été mises à la place de celles de la loi de l'an III, pour rendre à l'emphytéote temporaire son vrai caractère, celui de propriétaire du domaine utile. La preuve, dit-il, c'est qu'on lui avait rendu, « le droit d'hypothéquer l'immeuble, dont il jouissait à ce titre, pendant et pour tout le temps que durerait la jouissance », ce qui ne pourrait avoir lieu s'il ne lui avait reconnu que « tant que l'emphytéote temporaire jouissait comme tel, il participait à la propriété. »

Mais outre qu'entre les deux articles des deux lois de l'an III et de l'an VII, il n'existe qu'une différence de rédaction, vraiment insignifiante, et que le législateur aurait été évidemment plus explicite s'il avait entendu tracer une ligne de démarcation

1. Quest. v° *Emphytéose*, § V, n° 3 et la note ; § 5, n. 4.

tranchée entre l'usufruit et l'emphytéose, ce raisonnement nous semble erroné. C'est qu'en effet, si la loi de l'an III accordait à l'emphytéote le droit d'hypothéquer, elle le considérait seulement comme ayant un droit de servitude personnelle. La loi de l'an VII elle-même, ne déclarait-elle pas susceptible d'hypothèque l'usufruit, ainsi que la jouissance à titre d'emphytéose des mêmes biens pour le temps de leur durée? L'emphytéote temporaire n'est-il pas placé ainsi sur la même ligne que l'usufruitier? Or, si celui-ci a la faculté d'hypothéquer son droit, comment pouvoir prétendre lui attribuer le domaine utile?

L'article 7 de la loi de brumaire an VII nous amène à l'emphytéose perpétuelle : « Les rentes constituées, dit cet article, les « rentes foncières et les autres prestations que la loi a déclarées « rachetables, ne pourront plus à l'avenir être frappées d'hypo- « thèque. »

Par cette disposition, on a créé un principe dont il découle, par rapport à l'emphytéose perpétuelle, des conséquences fort remarquables. Ce principe est la conversion des rentes et autres prestations réservées par le bailleur, en simples créances privilégiées et hypothécaires, sujettes à inscription, et purgées par le défaut d'inscription prise en temps utile ; c'est-à-dire, que l'emphytéose perpétuelle est complètement assimilée au bail à rente foncière : le bailleur cesse d'avoir le domaine direct, tandis que l'emphytéote acquiert la pleine propriété du fonds.

Le droit à la redevance n'est plus qu'une créance résultant d'une simple vente, ce n'est plus un droit ayant le caractère de *délibation*, de partie intégrante de la propriété et existant non pas *sur* mais *dans* le fonds, pour employer le langage emprunté à de Laurière par Merlin (1) ; impossibilité par conséquent de créer désormais aucune emphytéose perpétuelle.

1. Quest., v° *Emphytéose*, § V, n° 5.

Mais tous ces résultats sont-ils applicables aux emphytéoses temporaires ? L'innovation de l'article 7 de la loi de brumaire est évidemment étrangère à l'emphytéose temporaire, puisqu'elle vise uniquement les redevances déclarées rachetables. Merlin (1), sous l'influence de cette idée, que cette loi a conservé à la redevance emphytéotique temporaire, la prétendue qualité de droit existant *dans* le fonds, qu'elle a maintenu le bailleur dans le domaine direct qu'il prétend lui avoir été réservé par l'ancienne jurisprudence, a entendu soutenir qu'il résulte par *a contrario* de l'article 7, que le bailleur a conservé le droit d'hypothéquer la redevance indépendamment du fonds.

Mais cette conséquence est certainement erronée, Merlin a le tort d'isoler l'article 7 de l'article 6 de la même loi. Or, ce dernier article n'est-il pas la condamnation formelle de cette théorie, puisqu'il décide que l'on ne peut hypothéquer que les biens territoriaux et l'usufruit, ainsi que la jouissance à titre emphytéotique des mêmes biens, pour le temps de leur durée ? Cette énumération, dans laquelle la redevance emphytéotique n'est pas complète, n'est-elle pas limitative ? Comment d'ailleurs, le législateur aurait-il voulu reconnaître à la redevance emphytéotique temporaire le caractère de charge purement foncière, lorsqu'il retirait ce caractère à la redevance emphytéotique perpétuelle ?

Le bon sens et la logique s'y opposaient, si l'on avait pu oublier les traditions de l'ancien droit, qui, au moins, suivant une opinion, considérait comme personnelle, non comme réelle, l'obligation de l'emphytéote temporaire.

1. Quest., v° *Emphyt.*, § V, n° 6, § 8, n. 1 et 3.

CHAPITRE II

LE CODE CIVIL A-T-IL ABOLI L'EMPHYTÉOSE ?

Le Code civil, on le sait, ne fait aucune mention de l'emphytéose ; qu'est donc devenu ce contrat ? Pour répondre à cette question, il convient de distinguer et de considérer séparément l'emphytéose perpétuelle et l'emphytéose temporaire, qui d'ailleurs, diffèrent considérablement, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus, quant à leur effet sur le régime de la propriété, et quant à l'étendue de droits conférés au concessionnaire.

A l'égard de l'emphytéose perpétuelle, tout le monde est d'accord qu'elle n'existe plus : aucun doute n'est possible à cet égard, et l'on ne pourrait trouver un seul argument pour la thèse contraire, ni dans le Code civil, ni dans le droit intermédiaire.

En effet, la loi des 18-29 décembre 1790 avait eu pour conséquence de rendre l'emphytéose perpétuelle essentiellement rachetable ; la loi du 11 brumaire an VII l'avait complètement assimilée à la rente foncière et avait transformé la redevance sinon en un droit mobilier, du moins en un droit purement personnel, le preneur ayant désormais une propriété pleine et non démembrée (1).

Les articles 529 et 530 du Code civil font du bail à rente et de l'emphytéose perpétuelle un acte translatif de la pleine et entière propriété ; ils réduisent le bailleur à une créance personnelle purement mobilière.

1. Comp. Merlin, Répert. v° *Rentes foncières*, § 4, n° 4, Demolombe, t. IX, n° 424.

Quid à l'égard de l'emphytéose temporaire ? Le Code civil lui a-t-il conservé une existence propre, ou bien son silence doit-il s'interpréter dans le sens qu'il a entendu supprimer cette institution ?

Voilà une question assurément des plus graves et des plus délicates. Les jurisconsultes les plus estimés sont divisés et donnent des solutions les plus contradictoires.

Heureusement, la jurisprudence a toujours été unanime. Avant de nous engager dans les débâts de la controverse, il est essentiel de préciser d'abord la portée de la question, et de faire ressortir l'intérêt que présente la solution.

Il ne s'agit pas, sans doute, de savoir si le propriétaire d'un immeuble pourra conférer à une personne la jouissance de son fonds pour un laps de temps de longue durée, non supérieur toutefois à 99 ans, lui permettre de changer la superficie, et mettre à sa charge le payement d'une redevance, les cas fortuits partiels et tous les frais d'entretien, de réparations, d'impôts et autres ; en un mot, il ne s'agit pas de savoir s'il est permis de stipuler toutes les clauses, qui dans les rapports du bailleur au preneur, auraient pour effet d'identifier cette convention avec le bail emphytéotique. Toutes les conventions qui respectent la loi, l'ordre public et les bonnes mœurs, sont en effet permises (art. 6, C. civ.) et peuvent être insérées dans tout contrat, elles produiront entre les parties contractantes leur plein et entier effet.

Mais, il s'agit de savoir quelle sera la nature des droits du preneur, et en particulier, quel sera à l'égard des tiers l'effet de semblables conventions, si les parties ont déclaré en termes formels vouloir faire un bail emphytéotique, ou si cette intention résulte manifestement de l'ensemble de leurs conventions, puisqu'aucun terme sacramentel ne peut être exigé aujourd'hui ? Le preneur aura-t-il seulement un droit personnel, une simple créance contre le bailleur, à l'effet d'exiger de lui qu'il le fasse

jouir, ou acquerrera-t-il un droit réel immobilier, susceptible d'hypothèque et, conséquemment, de saisie immobilière, exclu virtuellement de la communauté légale, compris dans le legs des immeubles du testateur, procurant l'action réelle et l'action possessoire?

Posée en ces termes, la question, implique nécessairement un parti déjà pris à la solution d'une autre question, également controversée, celle de savoir si les particuliers peuvent, au gré de leur volonté et de leurs convenances, exercer des droits réels autres que ceux que le Code a établis. Nous avons implicitement répondu d'avance par la négative, ayant à l'appui l'autorité considérable de M. Demolombe (1) et d'un grand nombre d'auteurs. Il ne faut donc pas se le dissimuler ; ou bien le Code civil permet l'emphytéose temporaire, telle qu'elle existait dans les périodes monarchique et intermédiaire, de sorte qu'il suffit d'insérer ce mot dans une convention pour qu'il y produise tout cet ensemble caractéristique de conséquences juridiques ; ou bien l'emphytéose est actuellement impossible, et alors toutes les clauses et toutes les dispositions des parties sont impuissantes à lui faire produire tous ses effets d'autrefois.

La question ainsi posée, on voit bien sa portée et l'intérêt considérable qu'elle présente. Maintenant, nous allons essayer de démontrer que malgré le silence du Code civil, l'emphytéose temporaire a conservé son existence propre et indépendante dans le droit actuel, quelque spécieuses que paraissent les raisons alléguées pour soutenir l'opinion contraire.

Le texte fondamental sur lequel nous devons nous appuyer est la loi des 18-29 décembre 1790, qui reconnaît formellement l'emphytéose temporaire.

Nos adversaires nous opposent l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII, qui sert de conclusion au Code, et qui est ainsi conçu :

1. *Op. laud.* n° 511 et suiv.

« A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romai-
« nes, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les
« statuts, les réglements, cessent d'avoir force de loi générale
« ou particulière, *dans les matières qui font partie desdites*
« *lois composant le présent Code.* »

Les matières dans lesquelles rentre le bail emphytéotique, ont été traitées, dit-on, par le Code à propos de la grande question de savoir, quels sont les droits réels que l'on peut avoir sur les biens ; il renferme donc à cet égard une loi nouvelle et *complète*, et le nom de cette institution n'a pas même été prononcé.

Or, la loi du 30 ventôse an XII consacre ce principe : en cas de conflit entre la loi ancienne et la loi nouvelle, statuant toutes deux sur la même matière, lors même que la loi nouvelle ne reproduirait pas une disposition particulière de la loi ancienne, encore bien qu'elle ne prononce pas d'abrogation expresse, cette disposition particulière n'en est pas moins abrogée ; donc la loi du 29 décembre 1790 est abrogée.

Nous croyons que la loi du 30 ventôse an XII est vraiment d'une interprétation bien délicate ; car elle ne dit pas à quelle division ou subdivision du Code il faut s'attacher, pour savoir si une institution fait partie des matières traitées. Faut-il considérer le livre, le titre, le chapitre ou la section ? Faut-il dire que le Code a abrogé toutes les lois antérieures relatives aux biens, ou seulement celles relatives aux droits réels ?

On affirme qu'il suffit pour abroger l'emphytéose que le Code ait traité des droits réels, nous pensons, au contraire, que pour maintenir l'emphytéose, il suffit que le Code n'ait pas parlé de ce droit en particulier.

Nous pouvons remarquer, que nos adversaires sont d'ailleurs bien souvent en contradiction avec eux-mêmes ; car, en dépit de la loi de ventôse, ils sont obligés dans bien des cas de reconnaître nécessaire l'application de la loi des 18-29 décembre 1790. C'est

ainsi que, quand il s'agit de déterminer pendant combien de temps une redevance ou une rente quelconque est maintenue, ou bien à partir de quel laps d'années elle est réputée établie à perpétuité, et par conséquent rachetable, ils n'hésitent pas à emprunter le terme de quatre-vingt-dix-neuf ans au décret de 1790 ; cependant le Code a traité dans son article 530 de ces rentes et de leur rachat. De même, quant au mode de rachat de la rente, lorsque les conditions n'en n'ont pas été fixées d'avance, ou lorsque les parties ne s'accordent pas, on a toujours recours aux règles du même décret. Il y a plus, tous les auteurs admettent que le Code a laissé subsister en Bretagne le bail à domaine congéable, et dont il n'est fait mention ni dans l'acticle 526, ni dans l'article 543.

Il est certain, qu'il y a un danger à laisser illimité le nombre des droits réels ; l'ordre public est intéressé au réglement des droits dont l'organisation intéresse profondément la constitution politique et sociale du pays ; mais nous avons eu le soin d'établir, que l'emphytéose repose non sur les conventions des parties, mais sur des lois dont le Code n'a pas eu pour effet de détruire l'autorité.

Passons à une autre objection.

L'emphytéose, nous dit-on, ne peut plus exister, car elle est contraire à l'esprit de la législation intermédiaire, qui est aussi celui de la législation actuelle. On se trompe profondément. La législation intermédiaire a bien voulu affranchir les *personnes* et les *biens,* remettre ces derniers dans le commerce en faisant disparaître les entraves qui les gênaient ; mais si elle a cherché à obtenir ce résultat en supprimant tout contrat qui dédoublait perpétuellement le domaine, elle n'a pas entendu proscrire l'emphytéose temporaire, non-seulement parce qu'elle a reconnu qu'elle ne présentait aucune trace d'un double domaine, puisque la fiction du domaine direct et du domaine utile a toujours été spé-

ciale à l'emphytéose perpétuelle, mais encore parce qu'elle n'était qu'un droit de jouissance temporaire. Et lors même cette fiction existerait encore, quel danger pourrait-elle faire courir à l'organisation sociale actuelle, puisqu'elle ne s'appliquerait que pour un temps étroitement limité?

On objecte encore, que si l'emphytéose n'était pas une institution féodale, du moins elle s'était tout à fait compromise par son alliance avec les institutions féodales et surtout avec le bail à cens, et que ces considérations ont gravement influencé le législateur de l'an XII. Enfin, on critique les dénominations de *domaine utile*, *quasi-domaine*, que l'usage de l'emphytéote a fait reparaître dans la pratique moderne, dénominations « qui ne sont pourtant plus du tout de mise aujourd'hui. (1) »

Nous répondrons en quelques mots, que les rédacteurs du Code n'ont pas pu se montrer plus sévères envers l'emphytéose que ne l'ont été les législateurs révolutionnaires, si voisins encore cependant de la féodalité, et qui croyaient pourtant, que pour achever sa destruction, les lois de 1790, 1792, 1793 étaient suffisantes.

Les rédacteurs du Code n'ont pas pu se tromper sur un droit aussi inoffensif que l'emphytéose temporaire. Ajoutons, que leur sévérité aurait été plus explicable à l'égard du bail à domaine congéable, qui avait été une tenure seigneuriale et que la Convention avait proscrit ; cependant la doctrine et la jurisprudence s'accordent à admettre qu'ils l'ont respecté.

Quant aux expressions un peu surannées que l'on rencontre, il en est une, celle du domaine utile, que nous condamnons. Mais l'expression *quasi domaine* ne mérite pas un si gros reproche, car elle n'a rien d'incompatible avec les principes modernes : *quasi dominium*, c'est-à-dire, un droit de même nature que la propriété, un démembrement de la propriété, un droit réel.

1. Demolombe, *op. laud.* p. 391.

Une autre objection consiste à dire, que c'est quelque chose d'inouï et d'inexplicable que le silence du Code au sujet de l'emphytéose, si l'on admet qu'il a entendu maintenir ce contrat. « L'emphytéose ! s'écrie ironiquement M. Demolombe, mais « c'était, depuis une longue suite de siècles, un droit réel très im- « portant et très célèbre ! celui de tous les droits réels, peut-être, « qui avait engendré le plus de difficultés et de controverses, et « dont il était en effet question partout, et dans les lois, et dans « les livres des jurisconsultes ! Et les rédacteurs du Code Napo- « léon l'auraient maintenu sans en rien dire, mais rien du « tout (1) ! »

Nous nous croyons autorisé à rétorquer l'argument de M. Demolombe, et à nous étonner qu'une institution aussi vieille et aussi importante ait disparu subitement, par l'effet d'une simple omission.

Le silence du Code sur une matière si importante, ne s'interprète-t-il pas plutôt dans le sens que les nouveaux législateurs étant des gens avant tout pratiques, n'ont pas voulu donner dans le Code de l'extension à un sujet que, il ne faut pas se le dissimuler, ils jugaient d'être d'un usage très-rare ? A quoi bon dès lors réglementer l'emphytéose? Ne suffisait-il pas de laisser cette institution soumise à ses règles anciennes, suffisamment connues, de même que tous les autres contrats d'un emploi rare ou purement local, qui n'ont pas non plus trouvé leur place au Code civil ? Tel est certainement le motif qui a déterminé le silence des législateurs de 1804. Sans doute, ce silence est regrettable ; mais il est exagéré de l'interpréter dans le sens d'une prohibition absolue du contrat.

On invoque encore les travaux préparatoires, et principalement les discussions qui ont eu lieu au conseil d'État, pour démontrer

1. Demolombe, *op. laud.* p. 384.

que la suppression de l'emphytéose dans le Code civil n'est pas le résultat d'une simple omission.

On fait valoir d'abord, un passage du discours préliminaire au projet du Code, dans lequel Portalis s'exprime ainsi : « Nous « avons pensé qu'on avait été trop loin, quand, sous prétexte « d'effacer jusqu'aux moindres traces de la féodalité, on avait « *proscrit* le bail emphytéotique et le bail à rente foncière, qui « n'ont jamais été un contrat féodal, qui encourageaient les dé- « frichements, qui engageaient les grands propriétaires à vendre « les fonds qu'ils ne pouvaient cultiver avec soin, et qui donnaient « à des cultivateurs laborieux, dont les bras faisaient toute la « richesse, les moyens faciles de devenir propriétaires. Cepen- « dant, nous n'avons pu nous dissimuler les grands inconvénients « qui seraient attachés à une législation toute particulière et très « compliquée qu'ont toujours exigée ces sortes de contrat, et « nous avons abandonné à la sagesse du gouvernement la ques- « tion de savoir s'il est convenable d'en provoquer le *rétablisse-* « *ment* (1).

La première partie de ce passage est le meilleur plaidoyer qu'on puisse présenter en faveur de l'emphytéose. La dernière phrase parle de *rétablissement*, c'est donc que Portalis considérait l'emphytéose comme abolie par les lois antérieures ; le Code est muet, il n'a rien rétabli, donc l'emphytéose n'existe plus. Mais Portalis ne s'est-il point trompé quand il allègue que l'emphytéose a été supprimée par la législation intermédiaire ?

Il nous semble même qu'il serait peut-être plus juste de penser que ce jurisconsulte, l'un des rédacteurs du Code, a voulu parler de l'emphytéose perpétuelle, plutôt que de mettre à sa charge, l'oubli, d'une des dispositions les plus remarquables de la loi des 18-29 décembre 1790 qui maintient formellement l'emphytéose

1. Locré, *Législation civile et commerciale de la France*, I, p. 309, n° 88.

temporaire. Le raisonnement que nous venons de citer n'est donc d'aucune valeur.

On cite encore un passage de Tronchet, qui au moment où le conseil d'État s'occupait de l'article 2118 Code civil, interpellé précisément en ce qui concerne l'emphytéose, a répondu en ces termes : « On n'employait autrefois l'emphytéose que pour éviter « les droits seigneurieux, maintenant elle n'aurait plus d'objet. « Il était donc inutile d'en parler (1). »

On peut, à juste raison, s'étonner de rencontrer une semblable erreur chez un homme, qui, rapporteur en 1791 du comité de droits féodaux, avait eu si souvent à s'occuper de l'emphytéose. Tout le monde reconnaît que l'emphytéose remonte au droit romain, et qu'elle a été maintenue par la loi de 1790 et les autres lois postérieures.

De plus, cette déclaration de Tronchet n'a que la portée d'une opinion purement personnelle. Cela est d'autant plus certain que les commissaires du gouvernement avaient été divisés; Tronchet était sans doute un de ceux qui réclamaient la suppression, or, cette division n'aboutit qu'à laisser la question en suspens.

D'ailleurs, nous ferons à ce sujet une observation générale, sur la valeur qu'on peut attribuer aux travaux préparatoires. Sans doute, ils peuvent être utilement consultés quand il s'agit d'éclairer le sens attribué par le législateur à une disposition positive qui a passé dans la loi; mais leur valeur est plus que contestable, quand on consulte les discussions générales qui n'ont pas directement abouti, et qui ne sont pas traduites en articles de loi. Dans ce cas, il est bien plus difficile de distinguer quelle a pu être l'opinion dernière du législateur, et pour quels motifs il a négligé de traiter un sujet soumis à ses délibérations.

Ces observations s'appliquent parfaitement aux travaux préparatoires invoqués par les adversaires de l'emphytéose.

1. Fenet, t. XV, p. 460. Locré, *op. laud.* XVI, p. 253, n° 3.

Passons à une autre objection plus sérieuse.

Que l'intention du législateur de 1804 a été de supprimer l'emphytéose, cela résulte des articles 526, 543, 2118 et 2204 du Code civil qui ne font aucune mention de l'emphytéose ; cela résulte plus évidemment encore de la comparaison entre l'article 2118 et les lois du 9 messidor an III et du 11 brumaire an VII. Ces deux lois, en effet, rangent l'emphytéose parmi les biens susceptibles d'hypothèque et elles étaient incontestablement sous les yeux du législateur, quand il a rédigé l'article 2118, qui reproduit la même liste, presque dans les mêmes termes, mais en omettant l'emphytéose.

On peut répondre, que le mot *usufruit*, comme l'a très-bien démontré M. Duranton (1), n'a pas toujours dans le Code la même acception. D'une part, il peut désigner le droit particulier réglementé par le titre : « *de l'usufruit* » (liv. II, tit. 3) ; d'autre part, il peut être pris, notamment dans l'article 526, avec une signification beaucoup plus étendue, comme synonyme de l'expression : *droit de jouissance*, ainsi que le démontre l'article 543 ; il embrasse alors, tous les droits de jouissance sur la chose d'autrui, comme l'usage, l'habitation, l'emphytéose, etc ; droits qui ne se trouvent pas énumérés dans l'article 526, ce qui prouve bien que cet article n'est pas limitatif.

C'est bien sous cette seconde acception, la plus large, que le mot usufruit doit être entendu dans les articles 2118, n° 2, et 2204 (2).

Cette démonstration nous a conduit, comme on l'a pu remarquer, à paraître croire, que le Code civil a entendu maintenir

1. *Cours de droit français*, t. IV, n° 80.

2. Nous nous gardons de penser, comme M. Duranton, que l'emphytéose serait susceptible d'hypothèque comme bien immobilier, en vertu de l'article 2118 n° 1. L'emphytéose est, suivant nous, un droit réel, immobilier, incorporel, et non pas un *bien corporel*.

l'emphytéose temporaire soit par l'article 526, soit par l'article 543. Mais pour maintenir à la rigueur notre opinion, nous ne chercherons pas à appuyer l'existence de l'emphytéose sur aucun article du Code civil ; nous persistons, à croire, que l'emphytéose existe dans le droit actuel, parce que le silence du Code ne suffit point pour prescrire un contrat dont les principaux éléments n'ont rien de contraire aux règles nouvelles qui touchent à l'ordre public, parce que la loi du 30 ventôse an XII n'a pas abrogé la législation intermédiaire en ce qui concerne l'emphytéose.

Il nous reste à examiner une dernière objection.

L'emphytéose n'a plus aujourd'hui d'objet, d'utilité, parce que le contrat de louage ordinaire suffit à régler les rapports entre les propriétaires et les cultivateurs.

Sur ce terrain, la réponse nous paraît plus facile.

On peut ranger les partisans de l'emphytéose en deux groupes : les uns partisans à outrance, les autres partisans modérés.

Dans la première catégorie, M. Duvergier (1) figure en tête, il fait l'apologie de l'emphytéose d'une manière qu'il nous paraît utile de reproduire textuellement : « La science économique n'a encore rien découvert de mieux combiné et de plus ingénieux. Le propriétaire de la terre considérée comme capital en confie l'exploitation à celui qui, par sa capacité industrielle et la possession de capitaux mobiliers, est en mesure de la faire valoir. La liberté d'emprunter sur le fonds, de l'aliéner même, est un attrait de plus et un moyen nouveau de rendre la spéculation profitable. La position du propriétaire est à peu près celle d'un associé commanditaire ; et je crois que, dans l'intérêt de l'industrie agricole, tous les baux devraient tendre à ce but. On comprend que des améliorations importantes ne peuvent être faites par les fermiers,

1. *Du louage*, t. III, n° 143.

que lorsqu'ils sont assurés d'une longue jouissance ; et il est évident que, plus ils auront de liberté dans la disposition du capital qui leur est confié, plus ils en tireront d'avantages pour eux et pour les bailleurs. Cette liberté n'est pas, d'ailleurs, incompatible avec les garanties que doivent chercher les propriétaires contre les fraudes ou contre les spéculations aventureuses auxquelles voudraient se livrer les fermiers. C'est donc à tort que M. Say (1) blâme l'usage des baux emphytéotiques. Avec quelques perfectionnements, ils me paraissent devoir produire les meilleurs résultats. »

On voit que, suivant M. Duvergier, il ne saurait exister d'institution plus utile que celle de l'emphytéose, et que l'on ne saurait la propager avec trop de soin.

En réponse à ces réflexions, M. Troplong (2) s'exprime en ces termes : « En quoi donc ces sortes des contrats seraient-ils incompatibles avec les principes modernes ? Pourquoi vouloir entraver par des gênes inutiles la liberté des conventions ? Toutefois, je ne voudrais pas qu'on se fît illusion sur le degré d'utilité qu'on peut attendre de l'emphytéose dans les temps où nous vivons, et je ne crois pas avec M. Duvergier qu'elle soit appelée à jouer un grand rôle dans le progrès de notre industrie agricole. L'époque de prédilection du contrat emphytéotique, c'est celle où règnent de vastes domaines, où la propriété, frappée d'une sorte d'immobilité se perpétue de générations en générations dans les mêmes mains. Mais quand le sol est soumis au mouvement rapide d'une division indéfinie, quand les détenteurs des domaines fonciers se serrent les uns sur les autres avec tant de presse qu'il y a place à peine pour les nouveaux venus ; quand enfin la propriété est emportée par une circulation incessante, le bail emphy-

1. *Economie politique*, t. II, p. 74.
2. *Du louage*, t. I, n° 50 et 51.

téotique ne peut être que rare, accidentel ; il ne répond pas aux plus impérieux besoins du moment, car il ne fonctionne pas avec assez de promptitude et demande trop à l'avenir pour une génération qui dévore le présent. En un mot, il n'est bon que dans certains cas exceptionnels et pour certaines natures de propriété : c'est ce qui fait qu'il tient un rang très secondaire aujourd'hui dans la vie pratique. Cependant il se rencontre des circonstances où ce débris du passé peut procurer au temps actuel une certaine utilité, et cela suffit pour que nous réclamions une place pour lui dans notre jurisprudence. »

Ce passage sorti de la plume d'un savant jurisconsulte comme M. Troplong, est la meilleure plaidoirie qu'on pourrait invoquer en faveur de l'emphytéose, car, il ne faut pas se le dissimuler, le langage de M. Duvergier est empreint d'une certaine exagération. Nous ne saurions admettre, en effet, que ce serait rendre service à un pays que de remplacer en général les baux ordinaires par des baux emphytéotiques. Mais, il existe certains cas, exceptionnels, il est vrai, et certaines espèces de propriété, dans lesquels l'emphytéose serait un point d'appui très solide pour le développement de la richesse agricole principalement.

En effet, y a-t-il en France des particuliers et surtout des personnes morales, tels que l'État, les communes, les hospices, etc., qui ont des terres incultes, en friche, qu'ils veulent faire assoler, des terres vagues qu'ils veulent couvrir de constructions ou de plantations, sans avoir les moyens de faire des avances ? Un bail emphytéotique va leur procurer un preneur intelligent qui, ayant l'assurance d'une longue jouissance, sera encouragé à faire les avances pour le défrichement de la terre, pour la construction, la restauration des édifices, ou pour la plantation du sol.

Ces mêmes personnes ne se trouvent-elles pas, dans certains cas au moins, dans l'impossibilité de surveiller avec la diligence nécessaire leur patrimoine ? Le bail emphytéotique leur procu-

rera l'avantage d'avoir leurs revenus indéfiniment assurés, — mais à l'abri des diminutions, pour cause de stérilité accidentelle ou perte partielle du fonds.

C'est ainsi que dans son déclin, l'emphytéose revient à son point de départ. Ce fut un remède apporté à un mal très développé dans la société romaine, alors qu'elle se mourait, s'éteignait d'inanition; alors que les maisons tombaient en ruine faute d'habitants.

Le célèbre économiste et professeur Rossi, dans ses : *observations sur le droit civil français, considéré avec l'état économique de la société* (1), n'a pas manqué de voir dans l'emphytéose un germe de progrès pour l'économie sociale et de blâmer les rédacteurs du Code civil, d'avoir abandonné un contrat de cette importance aux incertitudes de la doctrine, et de la jurisprudence.

Il s'exprime dans les termes qui resteront mémorables dans l'histoire de l'emphytéose. « L'emphytéose, dit-il, n'a pas même été mentionnée par le Code, tandis que, si on avait bien saisi le caractère constitutif, l'accroissement du fonds capital par les améliorations, on aurait aperçu les rapports intimes de cette forme de concession avec le progrès de l'économie sociale et avec les nombreuses améliorations dont le sol de la France pourrait s'enrichir par l'action de l'industrie particulière ; *les auteurs du Code civil craignant peut-être d'être accusés d'un retour à la féodalité,* n'ont su ni proscrire, ni régler l'emphytéose temporaire. »

De nos jours, notre honorable maître, M. Cauwès, constate également l'utilité de l'emphytéose, dans les termes suivants : « Rare dans nos pays, l'emphytéose concerne une réelle utilité, au point de vue de la mise en valeur des terres en friche, qui exigent des avances considérables, dont une longue possession peut seule in-

1. *Mémoire à l'Académie des sciences morales et politiques* (dans la Revue de législ. et de jurispr. de Wolowschy, t. XI).

demniser. Elle facilite le défrichement, et est, de sa nature, propice à l'entreprise de grandes améliorations agricoles (1). »

Que pourrait-on ajouter à tant des témoignages, en faveur de l'emphytéose ?

On nous répond, que par des clauses habilement combinées, le bail ordinaire peut tout aussi bien remplir les fonctions de l'emphytéose. Mais s'il en avait été ainsi, le besoin de cette institution ne se serait jamais fait sentir ! La liberté des conventions est impuissante pour créer à volonté des droits réels en dehors de ceux prévus par la loi ; l'emphytéose, au contraire, confère au profit du preneur un droit réel, immobilier, susceptible d'hypothèque, elle lui confère donc un instrument de crédit, un avantage très-précieux, et cela suffit à nos yeux pour qu'elle ait droit à une existence propre, tout à fait indépendante du louage.

On objecte encore, que le régime des emphytéoses est, en somme, beaucoup plus dur pour les cultivateurs ; car le fermier ne paye pas personnellement l'impôt ; il n'est tenu que des simples réparations locatives ; il peut dans certains cas obtenir une remise à raison de la perte de sa récolte ou de la perte partielle du fonds.

Mais l'emphytéote trouve une compensation à toutes ces charges dans les droits étendus de jouissance, ainsi que dans la modicité extrême des canons, qui est sinon le caractère essentiel, du moins un des traits les plus fréquents de l'emphytéose.

Une preuve bien concluante de l'utilité actuelle de ces concessions, peut se tirer de l'unanimité constante des tribunaux sur la question. Lorsqu'en 1840 eut lieu la grande enquête sur le régime hypothécaire, l'introduction du mot emphytéose dans les textes de la loi fut réclamée par les Cours de Paris, de Pau et de Rouen,

1. *Précis du cours d'économie politique*, professé à la faculté de droit de Paris (1re édit. 1879) t. I, p. 256.

par les Facultés de Caen et de Grenoble. En 1849, l'emphytéose était expressément mentionnée dans le projet relatif au régime hypothécaire (1). Or, une institution ne suscite pas des réclamations si persistantes en sa faveur, lorsqu'elle est devenue sans objet.

Bien plus, l'État, les communes et les établissements publics ont sans cesse consenti à passer des baux emphytéotiques pour une longue durée (2). A Paris, les maisons de la rue Rivoli ont été construites au moyen du bail emphytéotique aux termes d'une loi spéciale (3), de même, les magnifiques maisons sises dans le faubourg Montmartre, ont été élevées sur des terrains concédés en emphytéose par l'assistance publique. La salle actuelle de l'Opéra-Comique a été élevée de même sur un terrain baillé en emphytéose (4). On pourrait multiplier les exemples, mais cela nous paraît inutile.

L'emphytéose se rencontre aujourd'hui aussi dans les concessions faites aux Compagnies de chemins de fer (5), et dans les concessions des lais et relais de la mer. Elle pourrait servir encore pour l'endiguement des rivières et le desséchement de ce qui reste des marais (6).

L'importance et l'utilité que présente le bail emphytéotique ont été sagement reconnues par le Gouvernement français qui, dans le projet du Code rural, lui a conservé un titre spécial (7).

Nous avons terminé cette longue discussion et nous pensons avoir prouvé que la jurisprudence ne fait pas fausse route, et n'em-

1. Pont, *privil. et hypoth.* t. I, p. 385, note 2.
2. Ordon. du 8 août 1821, art. 2.
3. Loi du 21 juin 1826.
4. M. Garsonnet, p. 551.
5. *Contra*. Arrêt cassat., du 15 févr. 1861, D. P. 1861, 1, 225.
6. Anastasy, projet de Code rural, *le bail emphytéotique*, dans la Revue crit. de législ. et de jurispr. t. XXVI, 1869, p. 5 et suiv.
7. Nous parlerons avec quelques détails du projet de loi, relatif à l'emphytéose, dans le 1er appendice de notre travail.

piète pas sur le domaine de la loi, comme on le lui reproche, en affirmant que l'emphytéose temporaire existe encore (1).

Il nous reste à reprendre la théorie de l'emphytéose dans le droit actuel français, non pas, sans doute, d'une manière aussi détaillée ; car nous avons comme base les règles de la théorie de l'emphytéose dans le droit romain et dans l'ancien droit français, que nous venons d'étudier.

1. Voir *pour l'emphytéose* : Paris, 10 mai 1831, Dalloz 1831, II, 121 ; Douai, 15 déc. 1832, Dal. 1833, II, 195 ; Cassat. 19 juillet 1832, Dev. 1832, I, 531 ; Cassat. 1er avril 1840, Dev. 1840, I, 455. Cassat. 24 juillet 1843, Dev. 1843, I, 830 ; Cass. 6 mai 1850. Champonnière et Rigaud, t. VI, nos 838 et 841 ; Merlin, *quest. de droit*, vo emphytéose ; *répert.* vo emphytéose. Favard de Langlade, *répert.* vo emphytéose ; Duranton, t. IV, no 80 et XIX no 268 ; Proudhon, *de l'usufruit*, t. I, no 97, et *du domaine de propr.* t. II, no 710 ; Duvergier, *du louage*, t. I, no 142 et suiv. Troplong, *des privilèges et hypothèques*, t. II, no 405, et *du louage*, t. I, art. 1709, no 50 ; Pépin le Halleur, *histoire de l'emphytéose*, p. 330 et suiv. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, no 70 ; Demante, t. II, no 378 bis, IV, VI ; Dalloz, *répert.*, vo louage emphytéotique, no 6 : M. Duverger *à son cours de Code civil* professé à la faculté de Paris, leçons des 22 et 25 mai 1868. *En sens contraire*. Fœlix et Henrion, *Traité des rentes foncières*, p. 28 ; Delvincourt, t. III, p. 185, note 1 ; Valette, *privil. et hypoth.* no 128 ; Grenier, *eds hypothèques*, t. I, no 143 ; Pont, *priv. et hypoth.* t. I, no 388 ; Aubry et Rau, t. II, § 224 *bis* ; Demolombe, t. IX, no 491. M. Lefebvre, *à son cours* de droit coutumier professé à la faculté de Paris (leçon du 12 avril 1881). M. Bufnoir, *à son cours* de droit civil, professé à la faculté de Paris (leçon du 12 mai 1882).

CHAPITRE III

THÉORIE DE L'EMPHYTÉOSE SOUS LE CODE CIVIL

SECTION I

NATURE DU DROIT EMPHYTÉOTIQUE

C'est ici qu'il convient de nous demander, si l'emphytéose temporaire est régie par les principes du droit ancien, ou bien par les principes qui résultent de l'ensemble du droit nouveau. Cette question est de la plus haute importance ; car, du parti qu'on serait disposé à prendre, dépend la construction de la théorie tout entière de l'emphytéose.

Quant à nous, nous avons déjà laissé entrevoir le parti pour lequel nous nous sommes prononcé, en examinant la question du maintien de l'emphytéose par le Code civil ; cependant il n'est pas inutile d'y revenir.

La difficulté provient, de ce que quelques auteurs (1) pensent que le Code civil a implicitement abrogé toutes les coutumes ou lois qui avaient pour objet la transmission des biens, que par conséquent, l'emphytéose se trouve régie par les principes généraux des lois nouvelles. Ils ajoutent, que la force des choses conduit à cette opinion, car l'ancienne jurisprudence renfermait sur

1. Merlin, Favard, Duranton, *ibidem*.

l'emphytéose plusieurs règles qui seraient manifestement incompatibles avec la législation actuelle.

D'autres auteurs (1), d'accord avec la jurisprudence, soutiennent que la doctrine précédente est inconciliable avec le principe admis, à savoir, la possibilité de baux emphytéotiques sous le Code civil. Lorsqu'on dit, en effet, qu'il est permis de faire de pareils baux sous ce Code, on ne veut pas exprimer seulement qu'il est permis d'exhumer une ancienne dénomination, pour qu'elle n'ait aucun sens, et qu'elle soit sans influence sur les effets du contrat : on entend, au contraire, que le caractère de l'acte sera déterminé par le nom qu'on lui donne, sauf les dispositions du Code prohibitives de quelques-uns des effets admis sous le régime antérieur.

Cette dernière doctrine est fort rationnelle, c'est celle que nous suivrons.

Il reste à savoir maintenant, quelle est au juste, la nature de l'emphytéose sous l'empire du droit actuel. Cette question paraît au premier abord, oiseuse, car les connaissances déjà acquises sur la théorie de l'emphytéose dans l'ancien droit, seraient suffisantes pour donner la solution. Il n'en est pas ainsi, parce que nous aurons à combattre, non plus les opinions des feudistes, mais celles de la Cour de cassation et d'un grand nombre des jurisconsultes modernes. Nous aurons en même temps à faire connaître, quel est l'état de la jurisprudence actuelle.

La Cour de cassation a successivement consacré dans plusieurs arrêts, trois systèmes, qu'il importe de ne pas confondre.

Premier système. — « L'emphytéose, dit la Cour de cassa-
« tion (2), est un contrat qu'on ne doit confondre, ni avec le

1. Duvergier, *op. laud.*. n° 155, Dalloz. Répert., v° *louage emph.* n° 4. Pépin le Halleur, *ibidem.* Troplong, *ibidem.*

2. Arrêt du 26 juin 1822, Dalloz, *op.* v° *laud.*, n° 6 ; Sirey, 22, 1, 362.

« contrat de louage, ni avec le contrat de vente ; il a sa nature et « produit des effets qui lui sont propres... Ses effets sont de *di-* « *viser la pvopriété* du domaine donné à emphytéose en *deux* « *parties* : l'une formée du *domaine direct*, dont la rente que se « retient le bailleur est représentative ; l'autre, appelée *domaine* « *utile*, qui se compose de la jouissance des fruits qu'il pro- « duit... » Par le même arrêt, et par un autre, la Cour de cassation affirme que : « ... les règles concernant l'emphytéose n'ont « été ni changées, ni modifiées par le Code Napoléon (1). »

Mais à supposer même que dans l'ancien droit l'emphytéose temporaire conférait le domaine utile au preneur, cette législation, nous le savons, avait été modifiée par le droit intermédiaire : l'emphytéose n'avait plus pour effet que de donner au preneur un droit réel de jouissance sur la chose d'autrui, un *jus prædii*; une preuve éclatante, c'est la loi du 9 messidor an III, et la loi du 11 brumaire an VII, qui rangent ce droit parmi les objets susceptibles d'hypothèque, sous la qualification d'*usufruit* ou de *jouissance à titre emphytéotique*.

Les expressions domaine direct et domaine utile, exhumées du système féodal, d'un passé banni par le législateur, ne semblent-elles pas malsonnantes et comme barbares en présence des mœurs juridiques actuelles ? Comment admettre que les rédacteurs du Code, qui ont poussé le scrupule jusqu'à éviter l'emploi de l'expression : *servitudes personnelles*, pour désigner l'usufruit, l'usage et l'habitation, aient conservé des expressions qui rappellent d'une manière si vivante les institutions féodales ?

On est donc vraiment étonné de voir une opinion aussi surannée consacrée par la jurisprudence (2), et compter dans les

1. Arrêt du 26 avril 1853, Dalloz, *op. et v° laud.*, n° 4.

2. Cassation, arrêts, 23 nivôse an VII, 26 juin 1822, 19 juillet 1832, 9 janvier 1854, 26 janvier 1864.

rangs de ses défenseurs, des jurisconsultes éminents tels que Merlin (1), Proudhon (2), Favard (3) et Persil (4).

Voici comment Merlin justifie le système dont il se fit le champion : Il pose en principe, que pour pouvoir sous le Code civil refuser à l'emphytéose l'effet de transférer temporairement le domaine utile, « il faudrait pouvoir aller jusqu'à dire qu'il n'ad- « met pas de propriété temporaire, et qu'il ne reconnaît pas de « milieu entre la qualité de propriétaire et celle de locataire ou « fermier (5). »

Il complète son raisonnement en ajoutant :

1° Qu'il est de droit naturel de pouvoir aliéner et acquérir à temps tout aussi bien qu'à perpétuité ; la prohibition de ce droit au propriétaire ne pourrait résulter que d'une disposition expresse du Code civil ;

2° Que le droit d'usufruit, bien différent de celui qui résulte du louage, est un droit réel et foncier, un droit qui fait partie de la propriété ; que cependant l'article 617 permet au propriétaire de transférer à temps l'usufruit de son héritage ; or, ce qui est permis pour une partie de la propriété, doit l'être pour la totalité ;

3° Enfin, que l'article 2125 du Code civil reconnaît que la propriété peut être résoluble dans certains cas. Or, la propriété qui n'est transportée que pour un temps fixe n'est pas moins résoluble que celle qui est transférée sous une condition résolutoire (6).

Nous répondons à Merlin, un des plus grands jurisconsultes

1. *Questions de droit*, v° emphytéose, V, § 8.
2. *Domaine privé*, II. 710.
3. Répertoire, v° *Hypothèque*, I, 2.
4. *Régime hypothécaire*, sur l'art. 2118, n° 15.
5. Merlin, *op. et loc. supra laud.*
6. Merlin appuie son système favori sur cette considération, que l'emphytéote a l'action en revendication même contre le bailleur et le droit d'hypothéquer ; mais l'usufruitier, lui aussi, a les actions réelles, il peut aussi hypothéquer son droit ; en conclura-t-on que l'usufruitier a le domaine utile ?

que ce siècle a vus, que ce qu'il considère comme inadmissible, nous le regardons comme l'expression des vrais principes : non, il n'y a pas de milieu entre la qualité de propriétaire et celle de locataire ; non, il ne peut pas y avoir de propriété temporaire (1). On peut citer à cet égard, les paroles de Treilhard dans *l'Exposé des motifs* du titre *de la distinction des biens* : « Les seules mo-« difications, dont les propriétés soient susceptibles dans notre « organisation politique et sociale, sont celles-ci : ou l'on a une « propriété pleine et entière, qui renferme également le droit de « jouir et le droit de disposer ; ou l'on n'a qu'un simple droit de « jouissance sans pouvoir disposer du fonds ; ou enfin on n'a que « des services fonciers à prétendre sur la propriété d'un tiers (2).»

Que la faculté d'aliéner et d'acquérir à temps soit de droit naturel, c'est ce qu'il est inutile d'examiner ici, mais cela est certainement contraire aux principes du droit positif. La propriété n'est-elle pas en effet, « le droit de jouir et disposer des choses, de la manière la plus absolue » (3), c'est-à-dire un droit sans limites? Or, une propriété temporaire serait nécessairement un droit limité : limité d'abord quant à sa durée, et limité aussi quant au droit de disposer, car il serait évidemment incompatible avec un *plenum jus abutendi* ; ce ne serait donc plus une propriété.

L'usufruit n'est qu'un simple *jus in re aliena,* une servitude dont la durée est essentiellement limitée ; il n'est donc pas

1. M Laurent. *Principes de droit civil*, t. VIII, p. 426, pense que sans aucun doute la propriété peut être temporaire, et il cite à cet égard un exemple : la révocation de la donation pour cause d'ingratitude. Malgré l'imposante autorité qui s'attache légitimement au nom du grand jurisconsulte, nous nous permettons de ne voir dans l'exemple qu'il cite, qu'un cas de condition résolutoire tacite.

2. Fenet, t. XI, p. 33, Comp. l'art. 543 C. civ.

3. Art. 544, C. civ.

étonnant qu'on puisse, par l'apposition d'un terme, avancer le moment de son extinction.

On conçoit également la possibilité d'une aliénation absolue de la propriété sous une condition résolutoire, mais on ne peut pas la concevoir sous un terme extinctif. C'est que la condition résolutoire est bien différente du terme extinctif, elle laisse tout en suspens, et selon qu'elle viendra à s'accomplir ou à défaillir, la propriété sera censée rétroactivement n'avoir jamais cessé d'appartenir à l'aliénateur, ou sera consolidée définitivement sur la tête de l'acquéreur.

Pour tous ces motifs, nous repoussons énergiquement ce système, qui n'est bon qu'en tant qu'il fournit gratuitement des arguments à ceux qui considèrent l'emphytéose comme incompatible avec l'état social et avec l'esprit de la législation moderne.

Deuxième système. — La Cour de cassation reconnaît à l'emphytéose, la pleine propriété du fonds pour tout le temps, c'est-à-dire, une propriété temporaire de la concession. Ce système, pour lequel il est impossible de trouver des arguments, tant dans le droit romain que dans l'ancien droit français, et qui est même en contradiction formelle avec toute la tradition historique, a pourtant été consacré plusieurs fois par la jurisprudence. La cour de cassation, qui, tout à l'heure, attribuait à l'emphytéote le domaine utile, qui affirmait que le Code n'a pas changé, ni modifié les anciens principes concernant l'emphytéose, décide par voie de cassation, « que l'emphytéose à temps (99 ans) est, *sous le Code* « *civil, une aliénation temporaire de la propriété*; que le « preneur possède, *comme propriétaire*, l'immeuble qui lui est « transmis; que le bail emphytéotique *est réellement trans-* « *latif de propriété*... (1) »

1. Arrêt de la Chambre civile, du 1er avril 1840. Voir aussi les arrêts du 24 juillet 1843; 18 mai 1847. L'arrêt du 1er avril 1840 a été l'objet de vives critiques (Sirey, 40, I, 433. Championnière, *Contrôl. de l'enregistr.* t. 6, p. 113,

Peut-on admettre dans le silence du Code civil sur l'emphytéose qu'il a entendu modifier ce contrat? Du moment que l'on veut conférer à l'emphytéose un caractère plus absolu et plus indépendant que dans l'ancien droit, qui autorisait cependant des emphytéoses *à perpétuité*, il faut absolument citer un texte, car cette dérogation est trop importante pour être faite sans l'assentiment du législateur.

On dit que l'emphytéote a la propriété temporaire, mais le bailleur n'a jamais cessé d'être propriétaire, la preuve c'est que chaque année l'emphytéote lui paye une redevance pour reconnaître son droit de domaine. Or, peut-on concevoir que deux personnes soient propriétaires d'une seule et même chose pour le tout? Il faudrait donc dire, qu'il y a copropriété temporaire au profit du propriétaire et de l'emphytéote. Aussi, la Cour de Paris n'a pas hésité à formuler d'une autre manière ce système de la Cour de cassation ; elle dit que l'emphytéose confère tout à la fois *une jouissance usufruitière* à longues années, et une *copropriété* entre le bailleur et le preneur (1). Mais la copropriété ne se conçoit pas plus que la propriété exclusive chez l'emphytéote, qui, en payant chaque année une redevance, reconnaît par cela même que le bailleur seul est propriétaire ; donc lui ne l'est pas. De plus, si l'on entend par l'expression de *copropriété* une indivision complète, est-ce que l'emphytéote a le *jus abutendi* d'une manière aussi pleine que le co-propriétaire ?

3e *Système.* — Par l'influence de vives et justes critiques de la part des jurisconsultes, et surtout par les observations judicieu-

nº 5715). M. Troplong (*op. laud.* I, p. 180, note 3) dit à propos de cet arrêt « qu'il peut se défendre, sous le rapport de la *décision*, par des raisons meilleures et plus juridiques » que celles d'un autre arrêt rendu par la même Chambre civile, le même jour, et qui reconnaît à l'emphytéote dans l'ancien droit *une portion de la propriété*, appelée *domaine utile*.

1. Paris, 10 mai 1831, Dall. Vº *louage emphytéotique*, nº 9, p. 585.

ses de Troplong, la Cour souveraine se décida à employer des termes plus exacts dans ses arrêts. C'est ainsi que dans un arrêt postérieur à celui que nous venons d'analyser, la Cour de cassation dit que l'emphytéote a un *quasi domaine* (1). Cette expression empruntée à Cujas et à Doneau, indique que l'emphytéote exerce à peu près tous les droits qui appartiennent au propriétaire, mais elle implique en même temps que l'emphytéote n'est pas propriétaire. Si tel est le sens dans lequel est pris le mot *quasi-domaine*, l'arrêt de 1845 nie que l'emphytéote soit propriétaire ; il est donc le contre-pied des décisions qui admettent un partage de la propriété, un domaine utile ou une propriété à temps. Dans d'autres arrêts postérieurs, la Cour de cassation proclame bien hautement cette vérité, « Attendu que le droit de propriété ne saurait être borné à temps (2). » C'est ainsi qu'on aboutit à la conclusion, que l'emphytéose est aujourd'hui ce qu'elle était aux yeux des jurisconsultes romains, de Cujas (3) et Doneau (4) ; c'est-à-dire, un *droit réel*, sur le fonds d'autrui, un *jus in fundo*, un *jus prædii*, donc, un démembrement de la propriété. L'expression de *jus in fundo* ou de *jus prædii*, nous paraît s'accorder parfaitement avec notre manière de voir, et elle est à l'abri de toute critique plus ou moins bienveillante.

§ 2. — *Traits distinctifs de l'emphytéose.*

On sait que la controverse est vieille, sur le point de savoir, si le contrat emphytéotique est un bail ou une vente. On sait

1. Arrêt de rejet du 12 mars 1845, D. P. 1845, I, 105, rendu sur le rapport de M. Troplong ; voir aussi l'arrêt de rejet, du 21 novembre 1861. D. P. 1861, I, 144.
2. Arrêt. Cass. du 8 juillet 1851.
3. Sur la loi 74. D., *de rei vind.*
4. T. IX, 14, 30.

aussi, pour quels motifs l'empereur Zénon a eu raison de décider que le contrat emphytéotique n'est ni un bail, ni une vente, que c'est un contrat particulier (1). Mais, si la difficulté a été tranchée en droit, elle n'en existe pas moins en fait. Si les actes étaient rédigés par les parties avec précision, évidemment ils préviendraient les ennuis des procès ; mais combien de fois n'arrive-t-il pas que les actes soient faits avec une telle négligence, qu'au lieu de prévenir les procès, ils les font naître. Il est donc de toute utilité de savoir, à quels traits caractéristiques on pourra s'attacher pour distinguer l'emphytéose, surtout du simple louage.

On dit ordinairement que l'emphytéose se manifeste par les caractères suivants : la longue durée de la jouissance ; la modicité de la redevance convenue, et l'obligation pour l'emphytéote de supporter les dépenses que peuvent entraîner les améliorations qui ont été prévues au contrat (2).

Mais, combien sont peu certains ces traits caractéristiques !

D'abord, le bail ordinaire peut être fait à long terme (3) ; il peut donc y avoir un bail de 99 ans, comme il peut y avoir une emphytéose de même durée. Donc voilà un caractère qui ne peut pas servir à distinguer l'emphytéose du bail (4).

L'obligation d'améliorer et d'en supporter les dépenses, non seulement n'est pas d'*essence* de l'emphytéose, mais encore elle peut tout aussi bien être imposée à un simple locataire par le contrat.

1. L. 1, C. *de jure emphyteutico.*

2. *Comp.* M. Garsonnet, *op. laud.* p. 549.

3. Le bail est censé fait à long terme, lorsqu'il dépasse la durée habituelle des baux, c'est-à-dire plus de 9 ans, en France (art. 481, 1429, 1430 C. civ.). Il n'est donc guère possible de donner à un bail emphytéotique une durée moins longue que celle des baux ordinaires. Dalloz, répert. v° *louage emphytéotique*, n° 16.

4. Arrêt de la Cour de cassat. du 15 janvier 1824; *conf.* Duvergier, *op. laud.* t. III, n° 150.

Quant à la modicité de la redevance, elle peut également se rencontrer dans un bail ordinaire. De plus, rien ne s'oppose à ce que dans un contrat emphytéotique, la redevance soit fixée en rapport avec le produit du fonds. Ces trois caractères ne sont donc pas des caractères décisifs, ils peuvent se trouver réunis dans un bail ordinaire. Et tel est bien d'ailleurs l'avis de la Cour de cassation ; elle a, en effet, considéré comme un simple louage, un bail réunissant pourtant les trois conditions que nous venons d'analyser, mais dans lequel une clause de l'acte interdisait au preneur le droit de sous-louer sans l'autorisation du bailleur (1). Elle a, au contraire, jugé que de ce que dans un bail dit emphytéotique la redevance stipulée, au lieu d'être modique, approcherait du produit de la propriété, de ce qu'en outre, les cas de force majeure et de la perte partielle auraient été mis à la charge du bailleur, ou que le preneur n'aurait été tenu d'aucune amélioration du fonds, il ne résulte pas que l'emphytéose ait été convertie en un simple bail à ferme; de pareilles clauses, ajoute la Cour, ne sont pas nécessairement contraires à l'essence de l'emphytéose (2).

La Cour de cassation, en effet, indique un quatrième caractère trop souvent négligé, elle exige chez le preneur « le droit de disposer d'une manière presque absolue de l'*immeuble* concédé (3)». Nous devons remarquer qu'il n'est pas vrai que l'emphytéote peut disposer de l'*immeuble* donné à emphytéose, comme le dit la Cour ; l'emphytéote de même que l'usufruitier, ne peut disposer que de son *droit d'emphytéose.* Dans un autre arrêt doctrinal, la Cour de cassation se rapproche plus de la vérité, elle proclame le principe, que l'emphytéose diffère du bail à long terme en ce qu'elle transmet un *droit réel* sur le fonds,

1. Arrêt de rejet du 6 mars 1861. D. P. 61, I, 418.
2. Arrêt du 12 mars 1845, D. P. 45, I, 105.
3. Arrêt de rejet du 24 août 1857. D. P. 57, I, 326.

un *quasi-domaine* (1). Mieux encore, dans un autre arrêt déjà cité (2), la Cour suprême établit le vrai caractère distinctif du bail emphytéotique : c'est qu'il opère un démembrement de la propriété, et transmet au preneur un droit réel susceptible comme la propriété elle-même, d'être donné, vendu, hypothéqué. Il est à remarquer que la Cour ne dit pas, même dans cet arrêt, que l'emphytéote a une espèce de propriété, un *quasi-domaine*. Concluons donc avec la Cour de cassation même, que l'emphytéose confère un droit réel, un démembrement de la propriété, que là ou le démembrement existe, il y a emphytéose; que là où il n'existe pas, il y a bail. C'est donc l'étendue des droits conférés au preneur qu'il faudra surtout considérer (3).

Quoi qu'il en soit, la question sera souvent délicate pour être résolue en fait : les parties qui ont déclaré faire un simple bail, n'ont-elles pas, en réalité, fait une emphytéose (4), ou bien ont-elles qualifié leur contrat d'emphytéose, tandis qu'en fait le contral n'en présente pas les caractères et doit être soumis aux règles du louage.

Cependant dans ce dernier cas, le doute nous semble impossible, car les parties en donnant le nom d'emphytéose à leur contrat, ont décidé par là même la question, puisqu'il est de l'essence de l'emphytéose de conférer un droit réel à l'emphytéote (5).

1. Arrêt de rejet du 21 novembre 1861, D. P. 61, I, 144.
2. Arrêt de rejet du 6 mars 1861, D. P. 61, I, 417.
3. Conf. M. Laurent, *op. laud.*, p. 442.
4. Arrêt de rejet, 9 janvier 1854. D. P. 54. I. 118.
5. Comp. Arrêt de rejet du 26 janvier 1864, D. P. 64, I, 83; Jugement du tribunal de la Seine du 28 août 1844, D. P. 45, 4, 225. M. Laurent, *op. laud.*, p. 439, M, Duvergier, *op. laud.* t. III, n° 155.

SECTION II

DROITS ET OBLIGATIONS DE L'EMPHYTÉOTE.

§ 1. — *Droits de l'emphytéote.*

La nature des droits de l'emphytéote n'a pas changé sous le Code civil ils sont ce qu'ils étaient dans le droit ancien, et ce sont toujours les dispositions relatives à l'usufruit qui doivent nous servir de modèle. Notre travail se réduira donc à très peu de chose, à ce sujet. Nous parlerons d'abord du droit de jouissance, et ensuite, du droit de disposition.

1° *Droit de jouissance.* — L'emphytéote peut exercer presque tous les droits attachés à la propriété ; il a un droit réel de jouissance plus étendu que celui de l'usufruitier, car il n'est pas astreint à jouir comme jouissait le propriétaire. Mais il ne peut pas jouir d'une manière aussi absolue que le propriétaire, il ne peut pas compromettre les droits de celui-ci ; car il est obligé de ne rien faire qui diminue la valeur du fonds ; il doit jouir en bon père de famille.

L'emphytéote acquiert, par analogie de l'usufruitier, les fruits civils jour par jour (art. 586), les fruits naturels et industriels par la perception (art. 585), c'est-à-dire : *statim à solo separati sunt*, à la différence du droit romain.

Mais comme l'article 585 est une dérogation à l'article 548 qui consacre la règle : *non sunt fructus nisi deductis impensis*, il faut, pensons-nous, lui appliquer l'article 585, sauf en ce qu'il déroge à l'article 548. En conséquence, l'emphytéote aura droit aux fruits pendants lors de la constitution de l'emphytéose, et, à

l'inverse, devra laisser au propriétaire ceux qui ne seront pas perçus au moment de l'extinction de son droit.

Mais, conformément à l'article 548, l'emphytéote devra rembourser au propriétaire les frais de labour et de semences des fruits pendants lors de la constitution de son droit, et réciproquement pourra se faire indemniser pour ce que lui ont coûté les fruits qu'il ne récolte pas ; car la règle contraire, posée par l'article 585, doit être restreinte au cas d'usufruit, elle a simplement pour but d'éviter les difficultés du compte entre le propriétaire et l'usufruitier, et, si elle peut se justifier en matière d'usufruit par le caractère aléatoire de ce droit, elle n'aurait pas sa raison d'être dans le cas d'emphytéose.

La question de savoir si l'emphytéote a droit à la part du trésor que l'article 716 attribue au propriétaire du fonds, ne peut faire aucun doute, car le bailleur seul est propriétaire du fonds : d'ailleurs, le trésor n'est ni un fruit, ni un produit de la chose. L'emphytéote de même que l'usufruitier n'aura donc aucun droit, à moins qu'il ne soit l'inventeur.

Quant au droit de jouir des mines, minières, carrières et tourbières, nous retrouvons encore une analogie marquée avec l'usufruitier. Pas plus que celui-ci il n'a le droit d'en extraire des pierres, de la houille, de la tourbe, de l'argile, et autres matières semblables faisant partie du fonds, à moins que l'exploitation n'en ait déjà été commencée à l'époque de l'ouverture de son droit. C'est le principe pratiqué dans l'ancien droit et que l'article 598 du Code civil pose en matière d'usufruit.

La raison qu'on donne est, que l'emphytéote jouit d'un immeuble appartenant à autrui, son droit est temporaire, il doit restituer la chose; il faut donc qu'il la conserve, sans l'appauvrir d'une manière certaine.

Toutefois, même en supposant qu'il n'y ait encore rien ouvert lors de l'entrée en jouissance, il nous semble qu'on doit lui accor-

der le pouvoir d'extraire les produits nécessaires à sa consommation et à l'entretien du fonds, sans qu'il puisse néanmoins les vendre (1). Ce tempérament d'équité, admis pour l'usufruitier est applicable par *a fortiori* en matière d'emphytéose.

En ce qui concerne les mines, il convient de remarquer que la loi du 21 avril 1810, dérogeant au principe général, suivant lequel la propriété du dessus emporte celle du dessous, donne à l'État le droit de concéder l'exploitation d'une mine, à toute personne, qu'elle soit ou non propriétaire de la surface.

Si la concession a lieu, au profit d'un étranger, le propriétaire a droit à une redevance annuelle de la part du concessionnaire. De là, la question de savoir si l'exploitation d'une mine est commencée pendant la durée de l'emphytéose, qui profitera de cette redevance ? Nous pensons qu'on ne peut pas se tromper en soutenant que c'est le propriétaire du fonds qui devra en profiter, les droits de l'emphytéote étant limités à ceux qui ne diminuent pas la valeur du fonds (2). Mais si par l'exploitation de la mine l'emphytéote éprouve une perte de jouissance, il est évident qu'il aura droit à être indemnisé.

Si la concession de la mine est antérieure à l'entrée en jouissance de l'emphytéote, nous pensons, toujours par analogie de l'usufruit, qu'il n'y a aucune raison plausible de lui refuser le droit à la redevance : en décidant le contraire, on méconnaîtrait l'intention présumée des parties contractantes.

L'emphytéote peut jouir de l'alluvion, sans avoir à subir une augmentation de la redevance ; le principe de l'accession suffit pour justifier cette décision.

En ce qui concerne le droit à l'île qui s'est formée pendant la durée de la concession dans le lit de la rivière non navigable et

1. *Comp.* Aubry et Rau, 4e édit. t. II, § 230, note 38. *Contra*, Douai, 9 mars 1854, D. P. 54, 5, 480.

2. M. Laurent, *op. laud.* p. 460.

non flottable bordant le fonds sujet à emphytéose, la question est controversée. Généralement on admet la négative pour l'usufruitier, et cette décision doit être applicable par analogie à l'emphytéote.

Même question et même solution pour la portion de terre arrachée et réunie au fonds.

L'emphytéote jouit du droit de chasse et de pêche.

En cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, la jurisprudence décide que l'emphytéote sera assimilé à l'usufruitier, et que par conséquent, en vertu de la loi du 3 mai 1841 (art, 39, § 2), une seule indemnité sera fixée eu égard à la valeur totale de l'immeuble ; le nu-propriétaire et l'emphytéote exerceront leur droit sur le montant de l'indemnité, au lieu de l'exercer sur la chose (1).

L'emphytéote peut-il échanger la forme et la nature du fonds, peut-il notamment abattre les bois de haute futaie non-aménagés, démolir les constructions ? De ce que l'emphytéote a le droit d'améliorer le fonds par des défrichements, des plantations, des constructions, il faut conclure de là, qu'il peut changer la superficie, si le changement constitue une amélioration. La jouissance de l'emphytéote tient le milieu entre celle du propriétaire et celle de l'usufruitier : celui-ci ne peut pas changer la forme et la destination du fonds, même en l'améliorant, tandis que l'emphytéote le peut. Mais il ne peut pas faire des changements de manière à diminuer la valeur du fonds, tandis que cela est permis au propriétaire.

C'est une question de fait à laisser à l'appréciation du juge, celle de rechercher si par certaines modifications la valeur du fonds est diminuée d'une manière certaine, et si la suppression

1. Arrêt de rejet du 12 mars 1845, Dal. 1845, 1, 105 ; Dal. v° *Expropr. pour cause d'util. publique*, n° 618.

du bois ou de l'édifice n'est pas compensée, par exemple, par les fruits que la terre va donner dans sa forme nouvelle (1).

II. — *Droit de disposition.*

L'emphytéote a dans son domaine le droit réel d'emphytéose, il peut, par conséquent, en disposer par vente, échange, donation, etc., avec pleine liberté de son droit (2) sans avoir à se faire autoriser par le propriétaire, ni même à le consulter, car il n'est plus question aujourd'hui des droits *de laudemium* ou de prélation (3). Si des clauses à ce sujet avaient été expressément stipulées, il n'y aura là rien de contraire à l'ordre public, mais elles constitueront, tout au plus, le principe d'une action en dommages intérêts de la part du propriétaire contre l'emphytéote qui aurait manqué à sa promesse (4). Il est évident, que tous ces actes de disposition cesseront de produire leur effet du jour de l'extinction de l'emphytéose, et il n'y a sans doute pas lieu de faire exception en faveur des baux consentis par l'emphytéote, car, en dehors de tout texte, on ne peut pas appliquer l'article 505, qui étend à l'usufruitier le droit accordé au mari, par l'article 1429, de louer, pour une période de neuf ans, les biens propres de sa femme, de manière à obliger celle-ci. Cette règle, toute de faveur, se justifie, en effet, par la durée incertaine de l'usufruit qui, d'un moment à l'autre peut prendre fin ; elle était nécessaire pour que la faculté de consentir des baux, reconnue à l'usufruitier, ne fût pas purement illusoire ; mais l'emphytéose, au contraire, est, du moins, le plus ordinairement consentie pour

1. Comp. Duvergier, *op. laud.*, t. III, n° 180. Troplong, *op. laud.*, n° 38.
2. Arrêt cassat., 26 juin 1822 et 19 juillet 1832.
3. Dalloz, rép. v° *louage emphytéotique*, n° 24.
4. Pépin le Halleur, *op. laud.*, p. 361. Dalloz, *ibidem*.

un laps de temps déterminé, l'emphytéote peut parfaitement faire concorder, avec cette durée, le terme des baux passés par lui.

La redevance emphytéotique constitue une obligation purement personnelle, et non pas une charge réelle du fonds (art. 529 et art. 530 par *a fortiori*), dès lors, les acquéreurs ou concessionnaires successifs ne sont pas tenus de tous les arrérages échus, et de tous les frais faits par le bailleur contre les possesseurs antérieurs, comme il a été jugé à tort par la Cour de Grenoble (1); à notre avis, le concessionnaire n'est tenu qu'envers le cédant, et le bailleur n'a contre lui que l'action *indirecte* qui appartient aux créanciers du cédant (conf. art. 1166 et art. 1752).

L'emphytéote a le droit d'établir des servitudes au profit du fonds emphytéotique et de le grever des servitudes pour la durée de sa jouissance. On nous objectera peut-être, que l'emphytéote n'est pas propriétaire du fonds, qu'il n'est propriétaire que de son droit d'emphytéose, et un droit ne peut-être grevé de servitudes (1). Nous répondons que les droits de l'emphytéote ne sont limités que par l'obligation de ne pas détériorer le fonds, et que dans ses limites, il peut consentir toute espèce de servitude.

L'emphytéote peut-il hypothéquer son droit?

Cette question a déjà été implicitement traitée dans le chapitre précédent, à propos du maintien de l'emphytéose par le Code civil comme contrat *sui generis*. En vain quelques auteurs se sont efforcés de soutenir la négative, sous prétexte que l'article 2118 est limitatif, et, ne mentionnent pas l'emphytéose comme droit susceptible d'hypothèque. Il suffit de répondre, que si le Code civil n'a pas aboli l'emphytéose, il n'a pu la maintenir que comme droit susceptible d'hypothèque, tel qu'il était dans l'ancien droit et dans la législation intermédiaire. La jurisprudence

1. Arrêt du 13 février 1833, Dalloz, v° *louage emphytéotique*, n° 28.
2. *Sic*. M. Laurent, *op. laud.*, n° 375.

d'ailleurs, n'a pas hésité à trancher la question dans ce sens (1).

L'emphytéote a l'exercice des actions tant possessoires que pétitoires, à l'encontre des tiers et même du propriétaire, si celui-ci le trouble dans sa jouissance (2). Il a de même l'action en délimitation et bornage. Dans tous ces cas, l'emphytéote peut agir directement et valablement se défendre. Cependant, au cas d'une action intentée par un tiers et tendant à se faire adjuger la possession ou la propriété du fonds, l'emphytéote fera sagement de mettre en cause son bailleur et de l'appeler en garantie; car il peut se faire que le propriétaire ait à opposer des moyens décisifs, qui peuvent faire prononcer en sa faveur, et qui seront aussi profitables au concessionnaire, puisqu'il recueillera l'avantage de la décision intervenue, pendant le temps de sa jouissance.

Il faut d'ailleurs, à notre avis, appliquer purement et simplement les principes admis en matière d'usufruit, quand on veut connaître quelle influence peuvent avoir, sur les intérêts du propriétaire, les jugements en matière réelle dans lesquels l'em-

1. Arrêt de la Cour de Paris, 10 mai 1831, Sirey, 31, II, 153, confirmé par la Cour de cassation, 19 juillet 1832, Sirey, 32, I, 531; Douai, 15 décembre 1832, Sirey, 33, II, 65; cassation 1er avril 1840, Dall. 1840, I, 140; du 11 nov. 1861, I, 144, du 26 janvier 1864, Dall. 1864, I, 83. *Conf.* Merlin, répert. v° *empyyt.* n° 4; quest. de droit, v° *emphyt.* § V, 8; Duranton, t. IV, n° 80, t. XIX, n° 268; Troplong, *op. laud.* t. I, n° 50; *hypoth.* t. II, n° 405; Duvergier, *op. laud.* t. III, n° 155 et 159; Marcadé sur l'art. 526. Dalloz, répert. v° *louage emphytéotique*, p. 585 et suiv. (surtout le remarquable mémoire de M. Vatimesnil). *Contra*, MM. Aubry et Rau, t. II, § 224 *bis*. Vallette, *privil. et hypoth.* n° 128. M. Bufnoir, *à son cours* de Code civil, professé à la Faculté de Paris, leçon du 12 mai 1882.

2. Arrêt. cassat. 26 juin 1822; 19 juillet 1832. Nous devons observer, que c'est à tort que la Cour de cassation par ces arrêts invoque le domaine utile de l'emphytéote, pour lui reconnaître le droit aux actions possessoires. Suivant nous, ce droit lui appartient en vertu de l'article 23 du Code de procédure; il n'est pas détenteur précaire, car il possède en vertu d'un droit réel, ce qui est un titre de propriétaire.

phytéote a été partie, soit comme demandeur, soit comme défendeur. On décidera donc, d'après l'opinion d'auteurs recommandables, que les jugements obtenus par l'emphytéote au possessoire, comme au pétitoire, profitent au propriétaire; et qu'au contraire, on ne peut lui opposer ceux rendus contre l'emphytéote (1). De même, le bornage obtenu pour ou contre l'emphytéote, ne vaudra que pour le temps de sa jouissance (2).

On voit donc, que les tiers demandeurs ou défendeurs ont eux-mêmes intérêt à faire mettre en cause le propriétaire, s'ils veulent arriver à des solutions définitives.

Comme l'emphytéose tient tout ensemble de la vente et du louage, le bailleur doit en général être soumis aux obligations du vendeur et du bailleur : il est donc tenu de délivrer le fonds au preneur et de le garantir de tous troubles et évictions. En cas d'éviction, il peut être condamné à des dommages-intérêts et même, selon les circonstances, à la même restitution des redevances qu'il avait déjà perçues. En effet, l'emphytéose ne peut certes pas, comme le pensaient quelques auteurs dans l'ancien droit, être considérée comme ayant le caractère à titre gratuit; le canon quelque modique qu'on le suppose, n'en est pas moins une rente annuelle que l'emphytéote doit payer au bailleur; elle représente au moins une partie des fruits; donc, il y a titre onéreux, et par conséquent le propriétaire doit garantie des troubles et évictions (3).

1. Aubry et Rau, t. II, § 230 et notes 67, 68 (4e édition), t. V, § 769, 2o et note 39 (2e édition).

2. Curasson, *Traité des actions possessoires*, bornage n° 4 (Dijon 1842).

3. Duvergier, *op. laud.*, n° 176. Laurent, *op. laud.*, n° 394.

§ 2. — *Obligations de l'emphytéote.*

La principale obligation de l'emphytéote est de payer une redevance annuelle, que l'on appelle canon. On a toujours enseigné dans l'ancien droit que le canon est de l'essence du bail emphytéotique, de sorte que s'il n'y en avait pas, ce ne serait pas une emphytéose. Cette décision doit s'appliquer aujourd'hui, car l'emphytéose tient du bail et de la vente ; or, il n'y a pas de bail, sans loyer, ni de vente sans prix ; donc il n'y a pas d'emphytéose sans canon. Le canon peut consister en une somme d'argent ou en une portion des fruits. Un arrêt de Paris du 3 février 1836 a vu une redevance même, dans l'obligation de faire faire certains travaux déterminés. Le canon, nous l'avons vu, a dans le droit actuel le caractère d'une obligation personnelle et ne pourrait plus être confondu à aucun point de vue, avec les anciennes rentes foncières. En conséquence, la redevance emphytéotique n'est pas un droit foncier et immobilier, exclu à ce titre de la communauté légale, susceptible de saisie immobilière et d'hypothèque ; le preneur ne pourra pas délaisser le fonds et se décharger ainsi des obligations qu'il a contractées. Cependant un savant auteur, Merlin, a soutenu le contraire. En traitant la même question sous le régime de la loi du 11 brumaire an VII, nous avons réfuté les arguments qu'il avait su trouver dans l'article 7 de cette loi (1). Quoique la solution que nous avons donnée à cette question pût nous dispenser à la rigueur de la discuter sous le régime du droit actuel, il ne nous paraît pas inutile cependant d'en ajouter ici quelques arguments tirés du Code civil lui-même, qui détruisent le système de Merlin par la base. Pour soutenir que la rente em-

1. Comp. ci-dessus, p. 282.

phytéotique avait encore le caractère immobilier, le savant auteur dit : « Que le Code civil ne mobilise (art. 529 *in fine*) que les *rentes perpétuelles et viagères*, et ne déclare essentiellement rachetables (art. 530) que les *rentes établies à perpétuité pour le prix de la vente d'un immeuble ou comme condition de la cession d'un fonds immobilier* (1). » Mais il aurait suffi à Merlin de lire la première partie de l'article 529, qui contient une disposition générale, il déclare « meubles, par la détermination de la loi, les obligations ou *actions qui ont pour objet des sommes exigibles* », et de remarquer que l'article 530, loin de fournir un argument *à contrario* pour prouver la matière immobilière de la rente emphytéotique, fournit un argument *à fortiori* en faveur de l'opinion opposée. En effet, la rente foncière est établie comme prix de la vente d'un immeuble, ou comme condition de la cession à titre onéreux d'un fonds immobilier ; la rente foncière permettait donc la fiction de la réserve d'une partie du fonds aliéné. Tandis que dans l'emphytéose, il n'y a aucune aliénation de la propriété, le bailleur reste propriétaire ; le canon lui est payé en reconnaissance de ce droit de propriété. Conçoit-on qu'il y ait là deux immeubles, l'immeuble corporel qui continue à appartenir au bailleur, et la redevance qui lui est payée pour constater ce droit ? Où est le texte de la loi qui établit une pareille fiction (2) ?

Le canon emphytéotique est fixé en quelque sorte à forfait par le titre originaire, et il ne peut être diminué ni pour cause de perte partielle, ni pour cause de stérilité ou autres cas fortuits ; cette solution avait été consacrée par la constitution de Zénon et elle était généralement admise dans l'ancien droit. Il est clair que si l'emphytéose existe encore dans le droit actuel, elle est restée soumise à ce principe, qui est fondamental de l'institution.

1. Quest., de droit, v° *Emphytéose*, § 7 n° 1.
2. Comp. Laurent, *op. laud.* n° 393.

Il y a plus de difficulté pour le cas où la redevance emphytéotique, au lieu d'être modique, serait calculée sur le produit ordinaire du fonds. Dans ce cas, des auteurs estimables, tels que M. Troplong (1), M. Laurent (2), M. Pépin le Halleur (3), soutiennent que le canon ne diffère plus en rien du fermage, l'emphytéose ne se distingue plus du louage ordinaire que par la réalité du droit de l'emphytéote ; l'équité plaide, dit-on, pour l'emphytéote aussi bien que pour le fermier, pour qu'une diminution du canon lui soit accordée comme à ce dernier (4). Nous répondons que l'emphytéote, soit à raison de la jouissance très étendue, soit à cause des avantages particuliers qui lui sont attribués, et notamment du droit d'hypothèquer et d'aliéner, qui le rend en quelque sorte propriétaire temporaire, doit subir les conséquences de cette situation ; il est présumé à juste raison avoir consenti à assumer sur lui les risques qu'il n'est pas dans l'intention d'un fermier de prendre à sa charge, et le bailleur est présumé avoir consenti à abandonner la pleine jouissance de son fonds ; sans avoir plus à s'inquiéter des résultats bons ou mauvais du produit du fonds (5). Il y a plus : aux termes de l'article 1770, la remise ne profite, en définitive, au preneur que s'il n'a pas été indemnisé par d'autres années de jouissance. Peut-on supposer que dans un bail de 99 ans, qui est la durée ordinaire, il n'y a pas assez d'années abondantes pour compenser la perte qui résulte des années stériles ? Une semblable supposition ne peut évidemment avoir de certitude, dans un bail ordi-

1. *Op. laud.* n° 43, et les anciens auteurs qu'il cite.
2. *Op. laud.* n° 385.
3. *Op. laud.* p. 353. On doit s'étonner que cet auteur si logique incline, à donner en droit moderne une solution contraire à celle qu'il adopte pour l'ancien droit.
4. Laurent, *ibidem.*
5. Duvergier. *op. laud.* n° 165.

naire qui habituellement ne dépasse pas la durée de 9 ans.

L'obligation d'acquitter le canon, à la différence de l'obligation de payer le fermage, est indivisible, en ce sens, que en cas d'aliénation partielle, ou de partage du fonds entre les héritiers de l'emphytéote, si l'un des acquéreurs ou des héritiers ne paye pas sa part de la redevance, le bailleur peut demander la résolution du contrat pour le tout. Il est évident, que cette indivisibilité ne tient pas à la nature de la redevance elle-même, — elle résulte de l'intention des parties contractantes. Elles n'ont pas stipulé le canon à titre de prix, pour une jouissance qui peut se diviser, ce qui entraînerait la divisibilité du canon. Le bailleur perçoit la redevance comme reconnaissance de son droit de propriété ; or, cette reconnaissance est indivisible, en ce sens, qu'étant propriétaire pour le tout, l'emphytéote doit aussi reconnaître le droit du maître pour le tout ; l'obligation étant indivisible par la volonté des parties contractantes, elle reste telle à l'égard de leurs héritiers (1).

L'emphytéote n'est pas obligé comme l'usufruitier à faire dresser un état des immeubles sujets à emphytéose à son entrée en jouissance ; il n'est pas non plus tenu de donner caution de jouir en bon père de famille. Les causes qui ont donné naissance au contrat emphytéotique expliquent cette faveur.

L'emphytéote doit payer les impôts et toutes les charges publiques afférentes au fonds, quelles que soient leur dénomination et leur importance : contribution foncière, centimes additionnels, taxes extraordinaires en cas de guerre ou d'autres circonstances. Mais une loi du 1er décembre 1778, titre II, art. 6, autorise l'emphytéote à faire sur le montant de la redevance, sauf convention contraire, une retenue proportionnelle à la contribution ; cette

1. Voët, *Comm. in Pand.* VI, 3, 37, p. 449.

retenue fut ensuite fixée, d'abord au quart, puis au cinquième (1).

La jurisprudence considère ces dispositions comme étant toujours en vigueur (2). Si on veut avoir un motif pour lequel l'emphytéote est tenu à supporter les impositions établies sur le fonds, c'est que les impôts sont une charge inséparable de la jouissance effective du fonds.

Mais, par une juste réciprocité, l'impôt que l'emphytéote paye lui profitait, avant les constitutions de 1848, pour lui procurer le cens électoral ou celui d'éligibilité ; il n'était pas soumis à l'article 9 de la loi du 19 avril 1831, qui, en cas de bail à ferme attribuait les deux tiers des contributions au cens du propriétaire, et un seul tiers au fermier. Cette différence s'explique par celle qui existe entre la nature de son droit et celle du droit du fermier. L'emphytéote a la pleine jouissance du fonds, mais cela ne veut pas dire qu'il puisse mésuser impunément. Il est tenu de jouir en bon père de famille (3) ; il doit conserver la valeur de la chose soit en s'abstenant de toute détérioration, soit en supportant les grosses et petites réparations. Le dommage que le fonds pourrait encourir par suite de sa négligence et défaut d'entretien il doit le réparer, le bailleur pourra donc intenter contre lui l'action en dommages-intérêts ; mais aura-t-il ce droit même pendant la durée de la concession ou seulement après son extinction? Nous pensons qu'il aura ce droit même avant l'expiration du bail, car il n'est pas nécessaire d'attendre l'époque où le contrat doit prendre fin, pour que l'une des parties ait droit de réclamer l'accomplissement des obligations qui sont imposées à l'autre (4).

1. Lois des 3 frimaire an VII, 11 frimaire an VIII, et avis du Conseil d'État, du 4 janvier 1809. Merlin, répert. v° *contribution*, § V (t. VI, p. 313). Troplong, *op. laud.* n° 39, p. 191 ; Pépin le Halleur, *op. laud.* p. 356.

2. Dalloz, *op. laud.* n° 39.

3. Duvergier, *op. laud.*, n° 171. Metz, 27 décembre 1826.

4. Arrêt du grand conseil du 12 nov. 1740, rapporté au *Nouveau Denizart*, v° emphytéose, § 3, n° 8.

Si les dégradations sont considérables, ou si l'abus de jouissance est grave, le propriétaire pourra incontestablement le contraindre immédiatement à réparer le dommage, s'il ne préfère demander la résolution du contrat.

Mais l'emphytéote n'est pas tenu de plein droit d'améliorer le fonds, il ne peut être obligé qu'en vertu d'une clause expresse ; c'est la doctrine de Dumoulin et Loyseau consacrée par l'ancienne jurisprudence ; elle est aussi celle qui est dominante aujourd'hui (1). Elle est d'autant plus exacte que, de nos jours, les fonds concédés en emphytéose ne sont pas en général dans un état qui exige des travaux d'amélioration aussi considérables que dans l'ancien droit (2).

De même, l'emphytéote n'est pas tenu de réédifier les bâtiments détruits par force majeure, il faut, disait Loyseau (3), distinguer « les réparations ou entretiénement des maisons d'avec les rebastiments ou réédifications. » Bien entendu, l'emphytéote devrait reconstruire les bâtiments tombés en ruine, faute de réparation, et au contraire, il n'est nullement tenu de réparer les constructions qu'il a faites sans y être obligé.

L'emphytéote est tenu à l'expiration du bail de restituer en bon état le fonds qu'il a reçu, avec les constructions qu'il avait promis de faire.

Évidemment, l'emphythéote ne peut réclamer du propriétaire aucune indemnité à raison des améliorations ordinaires qui rentrent dans les soins d'une bonne exploitation et qu'il a faites sans y être obligé; cette règle était admise sans conteste dans l'ancien droit et on s'accorde parfaitement à l'appliquer dans le droit actuel, vu l'article 599, relatif à l'usufruitier qui doit, *à fortiori*, être appliqué à l'emphytéote.

1. Metz, arrêt du 27 décembre 1826, déjà cité.
2. Duvergier, *op. laud.*, n° 152, 153 ; Dalloz, v° *louage emphyt.*, n° 18.
3. *Du déguerpissement*, V, 6.

Mais, comme en matière d'usufruit, on s'est posé la question très difficile et très importante, celle de savoir si l'emphytéote peut à l'expiration du bail, demander au propriétaire le remboursement de ses impenses pour les constructions qu'il aurait faites en dehors des termes du contrat, ou du moins s'il peut enlever ses matériaux.

Nous savons combien dans l'ancien droit cette question présentait de difficultés et d'incertitude. D'une part, les jurisconsultes les plus accrédités (1) accordaient au moins dans un cas à l'emphytéote le droit d'enlever ses constructions, à moins que le bailleur ne préférât les retenir et en rembourser la valeur. D'autre part, une jurisprudence constante, notamment celle du Parlement de Paris, décidait la question tout à fait en défaveur de l'emphytéote.

En présence de cette division des esprits dans l'ancien droit, on est un peu embarrassé pour trouver un élément de décision dans notre droit moderne. Quelques auteurs (2) cependant, nous indiquent un article du Code civil qui, a les en croire, tranche parfaitement la question en faveur de l'emphytéote ; c'est l'article 555 *première partie*. Nous avons bien de la peine à admettre cette opinion, qui nous paraît être en contradiction tant avec les traditions du droit romain et de l'ancien droit français, qu'avec les vrais principes du droit moderne. L'article 555, n'est pas si général comme on se plaît à le croire, il n'embrasse pas tous les tiers, il ne vise spécialement que les rapports du propriétaire avec le tiers auquel ne le rattachent aucun lien contractuel, ni aucune relation juridique ; il est par conséquent étranger aux raports du propriétaire avec l'emphytéote (3).

1. Dumoulin. Loyseau, Denizart.
2. Demolombe, *op. laud.*, n° 697 ; Duvergier, *op. laud.*, III. n° 174 ; Troplong, I, n° 39.
3. Aubry et Rau, t. II. § 204, note 23 (4e édition).

Peut-on d'ailleurs assimiler la position du possesseur de mauvaise foi avec celle de l'emphytéote ? Le possesseur de mauvaise foi, est coupable envers le propriétaire, il est vrai, mais il n'est pas moins juste de dire, que c'est pour lui-même et dans son propre intérêt qu'il construit et qu'il plante, avec espoir de conserver toujours l'immeuble et de l'acquérir par prescription ou autrement. L'ancienne présomption de libéralité envers le propriétaire, en ce qui concerne le possesseur de mauvaise foi, est encore abrogée par le tempérament d'équité apporté par l'article 555 ; mais l'emphytéote, ne bâtit pas et ne plante pas dans l'espérance de conserver définitivement ses travaux pour lui-même ; il sait, au contraire, que son droit doit finir à une époque préfixe, et que dès lors, il consent implicitement à laisser au propriétaire les travaux qu'il exécute, ou du moins il s'expose volontairement à les perdre. C'est pour cette même raison que l'article 599 refuse à l'usufruitier tout droit à une indemnité pour les *améliorations* (1) qu'il prétend avoir faites, encore que la valeur du fonds en fût augmentée. Pourquoi n'en serait-il pas de même de l'emphytéote ? Il y a plus, M. Demolombe lui-même, qui s'est fait le champion du système favorable à l'usufruitier (2), vient nous suggérer un argument qui nous semble décisif. Même en faisant une concession à nos adversaires, et en admettant que l'usufruitier a droit d'enlever ses matériaux ou à une indemnité si le propriétaire préfère conserver les constructions, cette décision ne pourra pas s'appliquer par analogie à l'emphytéote, car le but de l'emphytéose est précisément l'amélioration du fonds ; l'emphytéote a dû par conséquent savoir, qu'il ne pouvait user du droit de chan-

1. Le terme *amélioration*, bien qu'il ne présente pas une signification absolue et invariable, comprend certainement, d'après Pothier, les *constructions* elles-mêmes, et il est employé dans le même sens par le Code civil dans plusieurs articles.

2. *Op. laud.*, nos 695, 697.

ger la superficie qu'à la charge d'améliorer. Bien plus, la durée de l'emphytéote étant toujours plus longue et plus assurée que celle d'un simple usufruitier, l'emphytéote trouve certainement une compensation dans sa longue et pleine jouissance, en échange de laquelle il ne paye, ordinairement au propriétaire, qu'une assez faible redevance.

L'argument d'équité, que l'on fait valoir dans le système opposé, ne nous touche donc en rien.

Mais les partisans de ce système sont allés plus loin encore. Ils ne font aucune distinction entre le cas où l'emphytéose tombe en *commise*, pour employer le terme traditionnel, et se trouve ainsi prématurément résolue par la faute du preneur, et le cas où elle se termine par l'expiration même du terme assigné à sa durée; ils se mettent ainsi en flagrante contradiction avec la tradition du droit romain (1) et de l'ancien droit, car de l'aveu de nos adversaires mêmes, il est certain qu'une pareille distinction était faite par les partisans les plus ardents de la cause de l'emphytéote (2). Et à quelles conséquences arrivent-ils ? Ils accordent une prime à l'emphytéote qui par négligence ou par sa mauvaise foi n'accomplit pas ses obligations, au lieu de lui infliger une peine ! Le propriétaire se trouvera bien souvent dans l'obligation, ou de demander la résolution du bail, ou bien de consentir à la prolongation d'une situation fâcheuse, contre laquelle il n'a pas même pu se garantir.

Une autre obligation que nous croyons pouvoir mettre à la charge de l'emphytéote, c'est celle imposée par l'article 614 à l'usufruitier, aux termes duquel, celui-ci est tenu de dénoncer au nu-propriétaire les usurpations que les tiers commettent sur le

1. Loi 2, Code, *de jure emphyteutico*; Novelle VII, ch. 3 et Novelle CXX, ch. 8. . . . . ;

2. Dumoulin, sur la *cout. Paris*, § 1, glos. 5, n° 80; § 3, glos. 1, n° 101 Loyseau, du *déguerpissement*, liv. VI, ch. VI, n° 6.

fonds, ainsi que tous les faits qui portent atteinte aux droits du propriétaire.

De même, si un procès s'élevait relativement au fonds emphytéotique, il faudrait appliquer également, par analogie, les principes qui découlent de l'article 613 : l'emphytéote ne sera tenu que des frais des procès qui concernent la jouissance.

SECTION III

CONSTITUTION, TRANSMISSION ET EXTINCTION DE L'EMPHYTÉOSE.

§ 1. — *Constitution de l'emphytéose.*

Qui peut établir un bail emphytéotique ? L'emphytéose étant un démembrement de la propriété, il faut appliquer les principes qui régissent toute constitution de droits réels : donc, celui-là seulement, qui est propriétaire et a la capacité d'aliéner, peut établir une emphytéose. Il suit de là que :

L'envoyé en possession provisoire ne pourra pas consentir un bail emphytéotique (art. 128) ; comme le peut, au contraire, l'envoyé en possession définitive (art. 132). Le tuteur du mineur ou de l'interdit, le curateur du mineur émancipé (art. 484), devront se munir d'une autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal (art. 457 et 458), et suivre les formes tracées par l'article 459. La personne placée sous un conseil judiciaire, aura besoin de l'assistance de son conseil (art. 513).

Le mari aura plein pouvoir pour consentir une emphytéose sur les biens de la communauté (art. 1421) ; mais c'est la femme elle-même, avec son autorisation, qui consentira les baux emphytéotiques sur les biens à elle propres (art. 1428).

La femme mariée séparée de biens ne pourra pas consentir un bail emphytéotique.

Si la femme est mariée sous le régime dotal, elle ne le pourra pas, même avec l'autorisation du mari, car les biens dotaux étant inaliénables, leur aliénation partielle est défendue, de même que l'aliénation totale (art. 1554) ; mais il est à peine besoin de dire, qu'elle pourra constituer un bail emphytéotique avec l'autorisation de justice (art. 1558).

Enfin, le même principe s'applique aux communes et aux autres personnes morales : elles ne peuvent aliéner que sous certaines conditions, elles ne pourront consentir un bail emphytéotique qu'en remplissant les mêmes conditions.

Toute personne capable de s'obliger, peut acquérir un bail emphytéotique. On doit donc appliquer les principes généraux qui concernent les incapables. Stipuler un droit emphytéotique, c'est faire un acte d'administration ; le tuteur peut donc acquérir pour le pupille un droit d'emphytéose. Il en est de même de la femme mariée qui a la libre administration de ses biens.

Sur quels biens l'emphytéose peut-elle être établie ? Elle ne peut porter que sur les immeubles, mais elle peut avoir pour objet tous les immeubles : urbains ou ruraux.

A quel titre l'emphytéose peut-elle être établie ?

Nous avons déjà dit, que l'emphytéose par son origine et par son but répugne à toute idée de gratuité. Quand même elle serait constituée par un testament, ce qui est d'ailleurs excessivement rare, le testateur devra imposer et fixer une redevance annuelle à la charge du legs qu'il fait : l'acceptation du légataire sera donc aussi nécessaire pour le perfectionnement de l'emphytéose.

Comme la vente et le louage, le bail emphytéotique n'est soumis à aucune forme essentielle, il peut être fait par simple convention verbale.

A la différence du droit romain et de l'ancien droit, où le con-

trat ne suffisait pas pour transmettre la propriété en un droit réel quelconque, il fallait encore faire la tradition ou accomplir les formalités connues dans l'ancienne jurisprudence sous le nom *d'œuvres de la loi*, — le Code civil accorde à la simple convention des parties la vertu de tranférer la propriété ou les droits réels ; en conséquence, il n'y a plus besoin de ces formalités pour constituer un droit réel emphytéotique. Mais pour que le contrat puisse valoir *erga omnes*, la formalité de la transcription est nécessaire depuis la loi du 23 mars 1855, l'emphytéose étant évidemment comprise dans ces termes de l'article 1 § 1 : « Tout acte entre-vifs, translatif de propriété immobilière, *ou des droits réels susceptibles d'hypothèque.* »

Si l'emphytéose est constituée par testament il faudrait nécessairement un écrit, puisque le testament est un acte solennel ; par contre, la transcription ne sera pas nécessaire, car les actes pour cause de mort ne rentrent pas dans la catégorie de ceux prévus par la loi du 23 mars 1855.

La règle spéciale édictée par les articles 1715 et 1716, relativement à la preuve du louage et de la quotité du loyer, ne sera sans doute pas applicable en matière d'emphytéose ; car elle doit être considérée comme exceptionnelle. De plus, l'emphytéose est un contrat bien plus important que le simple louage, car elle transfère un droit réel de jouissance ordinairement pour un très-long temps.

Quelle est la durée pour laquelle les parties peuvent consentir un bail emphytéotique ? Le maximum est déterminé, nous le savons déjà, par la loi du 29 décembre 1790 : il est de quatre-vingt-dix-neuf ans ou trois vies.

Mais qu'arriverait-il si de nos jours, malgré la prohibition légale, les parties déclaraient expressément vouloir faire un bail emphytéotique perpétuel. Nous avons déjà eu l'occasion de dire que le contrat ne sera pas nul ; il sera assimilé à un bail à rente,

ou pour mieux dire, à une vente, dont le prix consisterait en une redevance qui serait essentiellement rachetable (art. 530 et art. 1157). Cette décision est généralement admise ; elle est consacrée aussi par la Cour de cassation dans un arrêt (1) portant cassation d'un arrêt de la Cour de Colmar, qui avait cru que la contravention à l'interdiction de créer des emphytéoses perpétuelles, devait être réprimée par la peine de nullité (2).

Il faut observer cependant, que s'il est clairement établi que malgré la perpétuité de la concession, les parties n'ont entendu faire qu'un simple bail, et que la propriété a été retenue pleine et entière par le bailleur, cette convention devrait avoir tout son effet, sauf la réduction de la durée du bail au terme de quatre-vingt-dix-neuf ans ou trois vies (3).

Aucun texte de lois ne fixe le minimum, et les précédents historiques ne nous donnent point de réponse précise. Aussi, les plus grandes divergences existent dans la doctrine. Tous les auteurs s'accordent à admettre que la durée de l'emphytéose doit être *non ad modicum tempus* ; mais quand il s'agit de déterminer un terme, les uns proposent celui de neuf ans (art. 481, 1429 et 1430 C. civ.), les autres, celui de dix-huit ans (arg. d'anal. loi du 23 mars 1855, art. 1 n° 4), d'autres auteurs enfin, proposent le délai de trente ans. Toutes ces opinions sont nécessairement arbitraires ; mais au point de vue du crédit hypothécaire surtout, la durée de neuf ans est trop courte, tandis que celle de trente ans, au point de vue économique, est trop longue ; un propriétaire ne consentira, en effet, que très difficilemnnt à aban-

1. Arrêt du 15 décembre 1821. Dalloz 1825, I, 96. Sirey, 1825, I, 291.

2. Voir l'avis du Cons. d'Etat du 7 mars 1808 et du 2 févr. 1809. *Bulletin des lois,* n° 4121 *infr.* n°s 54 et 55. — Aubry et Rau, t. II. § 224, p. 452.

3. Arg. art. 1 de la loi des 18-29 décembre 1790, art. 815, 1429, 1707 et 1660 C. civ., Demolombe, t. IX, n°s 530 et 531; Aubry et Rau, *ibidem* Laurent, t. VIII, n° 368.

donner la jouissance de son fonds pour une durée aussi longue, ce qui rendrait les baux emphytéotiques assez rares.

Aussi, pensons-nous, que les deux intérêts, celui du bailleur et celui du preneur, se concilient mieux avec la durée de dix-huit ans.

Il n'est pas douteux, en théorie, que l'emphytéose puisse être constituée par testament; mais la pratique ignore un pareil mode d'établissement.

La question de savoir si l'emphytéose peut s'établir par prescription, est une des plus graves et des plus délicate de la matière.

Nous savons déjà, qu'en droit romain, cette question était également très controversée.

Dans l'ancien droit, grâce à la conception du domaine utile et de la transformation du caractère de la redevance, qui de personnelle qu'elle était, avait été considérée comme une charge réelle du fonds, due par le fonds, fiction qu'on avait étendue abusivement à l'emphytéose temporaire, la question ne faisait pas de difficulté. On décidait généralement l'affirmative, et on discutait seulement sur le point de savoir, s'il fallait appliquer les principes qui régissaient la prescription des servitudes ou ceux qui concernaient la prescription de la propriété.

Dans le droit moderne la controverse s'est élevée de nouveau et elle dure toujours.

Pour soutenir l'affirmative, on dit : la propriété s'acquiert par la prescription, ainsi que les démembrements de la propriété, l'usufruit et les servitudes. Pourquoi n'en serait-il pas de même de l'emphytéose? La prescription est un moyen général d'acquérir (art. 711 et 2219); peut-il y avoir une exception pour l'emphytéose sans un texte qui la consacre (1)?

Quant à la prescription de dix à vingt ans, qui exige posses-

1. M. Laurent, *op. laud.* n° 369.

sion, juste titre et bonne foi (art. 2265), il nous semble que l'on ne saurait sérieusement refuser de l'admettre. On ne doute presque plus aujourd'hui, en effet, que ce mode d'acquisition ne s'applique à l'usufruit, et il n'y a pas d'objection à tirer de l'obligation personnelle qui consiste à payer le canon. Le nouvel emphytéote a été partie dans le procès, et il s'est obligé ; quant au propriétaire, il a été suffisamment représenté par le propriétaire apparent, qui a pris le rôle de *negotiorum gestor*. Il est bien juste, en effet, que lorsque les actes du propriétaire apparent sont opposables au propriétaire véritable, celui-ci profite en revanche des stipulations faites et des avantages obtenus. L'emphytéose se trouvera donc véritablement constituée, au point de vue des obligations de l'emphytéote, comme au point de vue des droits.

Il y a plus de difficulté pour la prescription de trente ans. En effet, supposons d'abord, que le soi-disant emphytéote a perdu la possession, l'action pétitoire ne peut naître à son profit qu'à la condition de justifier, qu'il est tenu personnellement envers le propriétaire à payer la redevance emphytéotique ; or, c'est ce qu'il ne saurait faire, en l'absence d'un titre.

Supposons maintenant, que le prétendu emphytéote soit en possession et qu'il joue le rôle de défendeur dans le procès. Pourra-t-il au moyen d'une exception écarter la prétention du propriétaire ? C'est ce que nous ne croyons pas, car la prescription de trente ans a acquis dans le droit moderne un caractère nouveau : d'une part elle confère non-seulement une exception, mais un droit, une action ; d'autre part, l'exception n'existe que dans les cas où il y a également action.

On a prétendu, pour justifier l'existence d'une obligation personnelle de la part du soi-disant emphytéote, qu'ayant possédé pendant trente ans à charge de payer une redevance, il sera obligé par conséquent de continuer à payer : *tantum præscriptum*

quantum possessessum (1). Nous répondons, que cette maxime ne peut s'appliquer qu'aux choses susceptibles de possession et d'usucapion, elle est tout à fait étrangère à l'établissement des obligations.

Un point très important doit nous préoccuper un peu longuement : c'est le droit d'enregistrement.

La constitution d'un droit emphytéotique, ainsi que la transmission de ce droit par acte entre-vifs ou à cause de mort, donne lieu, à la charge de l'acquéreur, à la perception d'un droit d'enregistrement, pour l'assiette duquel il est intervenu un grand nombre de décisions judiciaires.

D'après un système admis généralement dans la doctrine (2), l'emphytéose doit être soumise au même droit que le simple louage, c'est-à-dire, frappée seulement d'un droit de 0 fr. 20 pour 100, sur les redevances cumulées pendant toute la jouissance (3), parce que les lois fiscales, qui, plus que toutes autres, doivent être prises à la lettre, n'appliquent le droit de 5 fr. 50 pour 100 qu'à la translation immobilière *en propriété* ou *en usufruit* (4) ; et, l'emphytéose considérée comme simple *jus in re alienâ*, ne peut rentrer ni dans l'un, ni dans l'autre de ces termes ; c'est un contrat spécial.

L'assimilation du bail emphytéotique au simple louage, a été admise par l'administration elle-même, dans une décision du 14 prairial an VII et dans une circulaire du 16 messidor de la même année, dont les motifs méritent d'être rapportés. « Attendu, y est-il dit : 1° que la loi du 22 frimaire an VII ne reconnaît, quant aux

1. M. Laurent, *ibidem*.

2. Dictionnaire de l'enregistrement, v° *bail*, n° 17 et v° *bail emphytéotique*, n° 5 ; MM. Championnière et Rigaud, t. IV, n°s 3070 et suiv., et t. VI, n° 841. M. Troplong, *op. laud.*, t. I, p. 180 *note* ; Dalloz, Répertoire, v° *Enregistrement*, n°s 3028, et suiv.

3. Loi du 22 frimaire an VII, art. 69, § 3.

4. Loi du 22 frimaire an VII, art. 4, et art. 69, § 7, n° 1.

actes translatifs d'immeubles, que trois sortes des dispositions, celles qui transmettent la *propriété*, *l'usufruit* ou la *jouissance;* 2° que, d'après cette division, le législateur a également divisé par l'application des droits d'enregistrement les baux en trois classes, savoir : les baux à rente perpétuelle, les baux à vie et les baux d'une ou plusieurs années, mais à durée limitée ; 3° que la durée des baux emphytéotiques étant fixée à un nombre d'années déterminé, on ne peut les assimiler aux baux à rente perpétuelle, ni aux baux à vie; qu'ils doivent être considérés comme des baux à durée limitée et par conséquent assujettis au même droit que les baux à ferme ou à loyer (1). »

Cette solution régna même sans contestation depuis l'an VII jusqu'en 1834 ; mais à partir de cette dernière date, de vives contestations s'élevèrent de la part de l'administration de l'enregistrement. Comment peut-on expliquer cela? Par une espèce de conversion consistant à déplacer la question, en ce sens, qu'à l'élément de durée que l'administration avait d'abord pris pour base de la perception, elle a substitué, comme règle de perception, le caractère et la nature du droit résultant du bail emphytéotique. La Régie se crut fondée à réclamer le droit exigible sur une translation de propriété immobilière ordinaire, c'est-à-dire un droit proportionnel de 5 fr. 50 pour 100, fixé par la loi du 23 frimaire an VII, article 4.

Les tribunaux ont été divisés sur la question.

La Cour de cassation ne pouvait manquer d'être saisie, et par deux arrêts restés célèbres de la Chambre civile, qui ont été rendus le même jour (le 1er avril 1840) (2), la Cour a décidé, que le caractère et la nature des contrats se déterminant principalement par les effets qu'ils produisent, il est impossible de ne pas considérer comme translatif de propriété le bail emphytéotique qui, dans

1. Dalloz, *ibidem*.
2. Dalloz, 1840, 1, 140; répert. v° *enregistr*. n° 3031.

l'état actuel de la législation a pour effet propre et particulier, d'opérer la translation et l'aliénation à temps de la propriété de l'immeuble donné en emphytéose. En conséquence, la Cour décide, que la constitution et la transmission du bail emphytéotique temporaire, sont sujettes l'une et l'autre, comme actes translatifs de propriété, au droit proportionnel de 5 fr. 50 centimes pour 100.

Depuis lors, cette jurisprudence a toujours été suivie (1).

Nous avons déjà eu l'occasion de critiquer les motifs de ces arrêts où l'on présente l'emphytéose comme transférant, tantôt une propriété temporaire, tantôt une propriété utile : mais la solution même de ces arrêts ne nous paraît pas satisfaisante.

Au point de vue des principes, peut-être serait-elle soutenable ; mais dans l'interprétation de la loi, et surtout en matière fiscale, on ne peut pas faire prévaloir les considérations logiques sur le texte même de la loi. Si la loi de frimaire ne fait aucune mention expresse de l'emphytéose, assurément ce n'est pas par oubli : car outre que ce contrat est célèbre dans l'histoire de la jurisprudence. la loi du 11 brumaire an VII sur *le régime hypothécaire*, promulguée six semaines avant la loi sur l'enregistrement, en faisait une mention expresse. Si donc la loi de frimaire est muette sur ce même contrat, c'est qu'elle le fait rentrer évidemment dans la catégorie générale des baux ; d'où, il suit que l'emphytéose temporaire au point de vue fiscal est purement un bail à durée limitée, et conséquemment, n'est assujettie qu'à un droit de 20 centimes pour 100, sur les redevances cumulées pendant toutes les années de jouissance (2).

Malgré les protestations qui s'élevèrent au nom de la doctrine, la jurisprudence de la Cour de cassation resta immuable.

1. Voir les arrêts du 24 juillet 1843, Dal. P. 43, 1, 397 ; du 18 mai 1847, Dal. P. 47, 1, 176 ; et deux autres arrêts de 1850, Dal. P. 50, 1, 129 et de 1853, Dal. P. 53, 1, 145.

2. M Gabriel Demante, *Principes de l'enregistrement*, n° 362 (Paris 1862).

Voici le procédé employé par l'administration de l'enregistrement pour l'évaluation de cet impôt. L'emphytéose étant assimilée à la vente, le droit doit être perçu sur un prix ; mais comme l'acte constitutif de l'emphytéose ne stipule qu'une redevance, le prix est représenté par le capital de cette redevance, fixé par l'estimation des parties ou des experts, en cas de contestation.

Il en est de même, en cas de transmission du droit emphytéotique, si la cession est faite à charge d'une redevance annuelle.

Il y a plus de difficulté lorsque la transmission a lieu à titre gratuit, entre-vifs ou par décès. Le droit se règle dans les deux cas d'après les revenus capitalisés ; mais, pour l'évaluation de ces revenus, il faut distinguer entre les droits du bailleur et ceux du preneur.

Si le bailleur donne ou décède, l'impôt est perçu d'après la redevance emphytéotique, en y ajoutant le capital représentant les avantages qui sont assurés à la fin du bail et que les parties estiment elles-mêmes. Si c'est le preneur qui donne ou décède, l'impôt est perçu d'après le revenu réel du droit emphytéotique estimé de même par les parties, sauf la redevance emphytéotique.

Dans les deux cas, le revenu ainsi déterminé est capitalisé, en le multipliant par vingt, ainsi que le prescrit l'article 15 n° 7 de la loi du 22 frimaire, an VII. S'il reste moins de vingt années à courir, c'est le nombre réel des années qui sert de multiplicateur au revenu.

La constitution d'un bail emphytéotique est-elle susceptible de rescision pour lésion de plus de sept douzièmes ? Nous adoptons la négative, en vertu de l'article 1118 C. civ., qui proscrit cette cause de rescision des contrats, en la restreignant à quelques cas spécialement déterminés par la loi (2).

1. Voir pour la discussion de ces questions fiscales, le rapport de M. Moreau (de la Meurthe), dans l'affaire Ducatel, Cass. 6 mars 1850, Pal. 1851, I, 179.

2. Comp. Dalloz, répert. v° *louage emph.*, n° 40.

§ 2. — *Transmission du droit emphytéotique.*

Que l'emphytéose soit susceptible d'être transmise par acte entre-vifs, ou par décès, c'est un point qui n'a jamais fait de doute. Par acte entre-vifs, le droit emphytéotique peut être transmis soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, sans qu'il y ait nécessité d'une autorisation préalable de la part du propriétaire ; mais bien entendu, l'emphytéote demeure responsable vis-à-vis du propriétaire du payement de la redevance, et de l'exécution de toutes les obligations résultant de la nature de la convention, ou expressément stipulées par l'acte constitutif. Le bailleur, en cas d'aliénation, ne peut plus aujourd'hui, nous l'avons déjà dit, prétendre à la faculté d'exercer le retrait (*jus protimeseos*), ce droit étant déjà tombé en désuétude dans l'ancien droit ; et en réalité, il est contraire aux principes, car celui qui a un droit dans son domaine doit avoir la faculté illimitée de l'aliéner. Il n'est pas permis, non plus, au propriétaire de percevoir aucun droit analogue au *laudemium* ou aux lods et ventes (1). Mais une clause contraire peut être stipulée, elle ne sera pas nulle, elle se résoudra simplement en dommages-intérêts faute d'exécution.

La cession à titre gratuit ou onéreux d'un droit d'emphytéose est sujette à transcription ; mais si la cession a lieu à titre gratuit, la transcription est régie par les principes des articles 939 et suivants du Code civil ; tandis que si elle a lieu à titre onéreux, elle est régie par la loi du 23 mars 1855 (2).

La transmission peut avoir lieu pour cause de mort, soit par suite d'un testament, soit par l'ouverture d'une succession légitime.

1. Décret des 18-29 décembre 1790, art. 5, du titre III.
2. Mourlon, *Transcription*, t. I, n° 22.

Dans l'un et l'autre cas, on appliquera sans aucune difficulté les règles établies par le Code civil sur les successions.

Le legs d'emphytéose sera évidemment soumis aux règles du rapport et de la réduction. Mais les héritiers n'auront pas le droit d'option qui leur est accordé par l'article 917 pour le cas de legs d'usufruit ; car c'est là un droit tout spécial, qui repose uniquement sur la difficulté d'apprécier un droit aléatoire comme l'usufruit.

§ 3. — *Extinction de l'emphytéose.*

1. *Causes de déchéance de l'emphytéote.* — Nous retrouvons en première ligne, la déchéance pour dégradations considérables et abus graves de jouissance. Elle donne lieu à une action en résolution ; le juge peut valablement, au lieu de prononcer la déchéance, fixer un délai pendant lequel l'emphytéote sera tenu de rétablir le fonds en l'état primitif ; le propriétaire pourra même, au lieu de demander la commise avec dommages-intérêts, actionner l'emphytéote seulement dans le but de faire ordonner ce rétablissement. L'emphytéote, lui-même, pourra empêcher la déchéance demandée par le bailleur, en rétablissant les choses dans leur ancien état, mais il ne pourra exercer ce droit que, tant que la déchéance n'aura pas été prononcée par le juge (1).

La seconde cause de déchéance, est le défaut de paiement de la redevance. C'est une application toute simple des règles de la condition résolutoire dans les contrats synallagmatiques (art. 1184).

On doit s'étonner à ce sujet, de voir certains auteurs s'appuyer en cette matière, sur l'article 1912 du Code civil, relatif aux

1. Metz, 27 décembre 1826. Dalloz, *répert.* v° *louage emphyt.* n° 31.

rentes constituées en perpétuité, et décider, conformément au paragraphe 1er de cet article, que la commise sera encourue par l'emphytéote, pour un retard de deux années dans le paiement du canon.

Il n'y a, à notre avis, aucune analogie entre la situation de l'emphytéote et celle du débit-rentier, au point de vue qui nous occupe. Et quand même il y en aura, elle ne pourra être invoquée que pour écarter l'application de l'article 1184, C. civ., et non pas pour s'arrêter au terme de deux ans. Nous préférons le laps de trois ans, parce qu'il convient mieux à l'économie de l'emphytéose, et parce que telle est la tradition historique ; et l'emphytéose est une institution essentiellement traditionnelle.

Il n'y a pas d'autres causes de déchéance, que celles dont nous venons de parler. La commise pour aliénation du droit, conclue *irrequisito domino*, n'existe plus.

On rencontre dans tous les auteurs, au sujet de la commise emphytéotique, quelques controverses importantes, sur la manière d'appliquer la condition résolutoire lorsqu'elle a été formellement exprimée dans le contrat. On s'est demandé, lorsqu'il s'agissait d'un contrat passé depuis la promulgation du Code civil, s'il faudrait appliquer à l'emphytéote l'article 1656 qui, dans l'hypothèse d'une vente où l'on a stipulé la résolution *de plein droit* faute de payement à l'échéance, admet du moins l'acheteur à payer après cette échéance, mais avant la sommation ?

Quelques auteurs (1) ne le pensent pas. A leurs yeux, l'article 1656 contient une dérogation à la règle de l'article 1183, aux termes duquel l'accomplissement de la condition opère l'anéantissement complet du contrat, comme s'il n'avait jamais existé.

1. Troplong, *op. laud.*, t. I, p. 200 ; *De la vente*, II, p. 666-667 ; Laurent, *op. laud.*, p. 479. Toullier, t. VI, n° 555. Duranton, t. XVI, nos 375 et 377.

« Le propriétaire, dit M. Laurent, a deux droits, il peut demander l'exécution du contrat, et il en peut demander la résolution; ayant le choix, il doit déclarer qu'elle est sa volonté. Dès qu'il l'aura manifestée, l'emphytéose sera résolue. »

Nous n'admettons pas ce système. Le Code n'admet pas la résolution lorsque le débiteur n'est pas en demeure, parce que l'ancienne règle *dies interpellat pro homine*, se trouve abrogée par l'article 1139. Or, aux termes de l'article 1139, il n'y a qu'une seule clause qui puisse avoir le même effet que la sommation pour mettre le débiteur en demeure: c'est celle qui porte que, « *sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le débiteur sera mis en demeure.* » Cette clause ne se rencontre pas dans notre espèce. Il faut donc que l'emphytéote, de même que l'acheteur, soit mis en demeure par une sommation pour que le juge, une fois saisi, n'ait plus la faculté de vérifier les causes du retard et d'accorder des délais de grâce (1). Il y a donc véritablement trois hypothèses à distinguer.

Si le contrat est muet sur la déchéance, la résolution doit être demandée en justice. Le juge saisi de la demande en résolution n'est pas obligé de la prononcer immédiatement, il peut accorder au défendeur un délai pour l'exécution de ses engagements, (article 1184, al. 2 et 3). La même décision sera applicable au cas où les parties font un pacte commissoire pur et simple, c'est-à-dire, ont stipulé tout simplement, que faute de paiement au terme la résolution aura lieu.

Si le contrat porte, que faute de paiement d'un terme, la déchéance sera encourue de plein droit, et que l'emphytéote sera en demeure par la seule échéance du terme, sans qu'il soit besoin d'acte (1139); dans ce cas, le pacte commissoire produira les

1. Zachariæ, *Cours de droit civil français*, § 302, note 47, II, p. 306; Aubry et Rau, t. IV, § 302, note 85 et § 356, 3°, note 30; Colmet de Santerre, t. V, 105 bis, p. 173, 174; Marcadé, *sur l'art.* 1184; Demolombe, t. XXV, n° 554.

effets de la condition résolutoire expresse, on appliquera l'article 1183.

S'il a été stipulé seulement, que faute de paiement à l'échéance, la résolution aura lieu de plein droit, ou sans jugement, on appliquera l'article 1656 ; l'emphytéote pourra payer après l'expiration du délai, tant qu'il n'a pas été mis en demeure par une sommation ; mais, après cette sommation restée sans effet le juge ne peut pas lui accorder de délai, car la résolution s'est opérée de plein droit par la mise en demeure. Tel est le droit commun de tous les contrats, et conséquemment, celui de tous les baux emphytéotiques passés sous le régime du Code civil ; car, en rappelant cette règle à propos du pacte commissoire stipulé en matière de vente immobilière, l'article 1656 n'a fait qu'énoncer une conséquence nécessaire de l'article 1139, et n'a point, ainsi qu'on a voulu prétendre, consacré une exception ou une modification aux principes qui régissent la résolution de plein droit.

Quid, s'il s'agit d'un bail emphytéotique fait avant la promulgation du Code civil? Faut-il appliquer les principes de l'ancien droit, ou les principes du droit moderne ? On comprend que la différence est grande ; dans l'ancien droit, la résolution stipulée dans les termes mêmes les plus exprès, était considérée de pur style, et conséquemment, réputée purement comminatoire ; elle ne produisait qu'un effet analogue à celui de la clause résolutoire tacite de l'article 1184, Code civil ; tandis que d'après ce Code, la résolution est sérieuse, et elle est exécutée avec sévérité, conformément à l'intention des parties.

La Cour de cassation a, d'abord à diverses reprises (1), pensé qu'il y avait lieu de statuer absolument d'après les principes du

1. Arrêts 14 juin 1814, Sirey, 14, I, 241 ; 16 juin, Sirey, 19, I, 118 ; 13 décembre 1820. Dalloz, ancienne collection, année 1821, I, 163.

droit moderne. Elle ne croyait pas encourir le reproche de donner à la loi un effet rétroactif, parce qu'il est de principe que ce sont les dispositions de la législation actuelle qui doivent servir de règles, lorsqu'il s'agit d'apprécier les suites de l'exécution des contrats, quelle que soit leur date. Cette jurisprudence est approuvée par M. Duvergier (1). Mais M. Troplong (2) a très-judicieusement répondu, qu'il faut déterminer la portée d'une clause par la loi contemporaine, qui la déclarait sans aucune valeur réelle, et non par la loi postérieure qui lui donne une grande valeur ; que le système contraire viole l'intention des parties contractantes et le principe de la non-rétroactivité des lois : « Une clause résolutoire, dit-il, frappée de stérilité *ab initio*, ne saurait porter aucun fruit par des événements ultérieurs, étrangers à la volonté des contractants. » C'est ce que la Cour de cassation a reconnu et jugé par son arrêt du 19 mai 1819 (3).

Il faudra donc, sinon réputer la clause résolutoire non écrite, du moins l'interpréter dans le sens qu'elle avait autrefois, comme rappelant simplement ce principe, que le contrat est résoluble si l'une des parties n'exécute pas son obligation ; on a vu plus haut quels sont les effets d'une pareille stipulation, l'article 1184 les indique très-clairement (4).

Causes d'extinction résultant de la nature même du droit d'emphytéose. — Il nous reste fort peu de chose à dire sur ce sujet, réglé par les principes généraux, et pour lequel les solutions de l'ancien droit sont presque toujours applicables.

L'emphytéose prend fin notamment par l'expiration du terme; elle finit dans ce cas, de plein droit et sans aucune signification de congé. Elle ne peut revivre par la tacite reconduction. Si à

1. *Op. laud.* t. III, n° 168.
2. *Op. laud.* t. I, n° 46.
3. Sirey, 1820, I, 28.
4. Aubry et Rau, t. I, n° 30, notes 50-52; Pépin le Halleur, p. 360.

l'expiration du terme, le preneur continue à être en possession du fonds, et si le propriétaire l'y laisse, le bail continuera, en ce sens, que l'emphytéote jouira à charge de payer le canon ; mais chacune des parties peut mettre fin à cet état de choses, qui est plutôt un fait qu'une convention.

La perte totale de la chose, arrivée par le fortuit, produit le même effet, car il ne peut pas y avoir de droit réel sans objet, ni de droit à la redevance faute de cause.

Que fant-il décider si c'est une maison donnée en emphytéose qui périt ? L'emphytéose subsiste-t-elle, sur le fonds, ou est-elle éteinte ? Merlin (1) donne une solution trop absolue en décidant que le droit est éteint ; il nous semble plus raisonnable d'admettre la décision contraire de Troplong (2), et de Duvergier (3), car l'emphytéose n'est pas limitée à la superficie, elle affecte le fonds et donne à l'emphytéote pleine jouissance de ce fonds ; elle doit donc subsister bien que la superficie soit détruite. Mais nous n'admettons pas en aucun cas, à la différence de Troplong, aucune réduction proportionnelle.

L'emphytéose pourra prendre fin par la prescription extinctive, si l'emphytéote laisse passer trente ans sans faire aucun acte de jouissance (4) ; elle pourra prendre fin par l'effet d'une prescription acquisitive, accomplie soit au profit d'un tiers ou du propriétaire qui posséderait le fonds en qualité de plein propriétaire, soit même au profit de l'emphytéote, mais seulement après interversion formelle du titre, détruisant ainsi la précarité du titre originaire.

L'emphytéote peut-il encore se dégager de ses obligations en

1. Répert. v° *Emphyt.*, § 1, n° 8.
2. *Op. laud.*, t. I, n° 41-42.
3. *Op. laud.*, t. III, n° 178. Voir aussi M. Laurent, *op. laud.*, n° 404.
4. *Contra.* M. Laurent, *op. laud.*, n° 407, dit que l'extinction par le non-usage est spéciale aux servitudes, et l'emphytéose n'est pas une servitude.

abandonnant le fonds ? Merlin (1), a soutenu l'affirmative, parce que suivant lui, la redevance emphytéotique aurait conservé le caractère de charge réelle, due par le fonds, non pas par la personne.

Nous avons déjà eu l'occasion de combattre cette opinion (2). Nous ajoutons, que ce droit de déguerpir n'a jamais été un des traits caractéristiques de l'emphytéose, il ne lui avait été appliqué que par un emprunt fait aux institutions similaires du droit féodal et il était spécial à l'emphytéose perpétuelle ; les auteurs en général, se refusaient de reconnaître ce droit à l'emphytéose temporaire. Le déguerpissement a complètement disparu des lois et mœurs modernes, et il n'y a véritablement plus de rentes foncières proprement dites, c'est-à-dire, de redevances considérées comme dues seulement par un immeuble, sans que le détenteur soit personnellement obligé (3).

Le bail emphytéotique peut encore prendre fin, par la résolution du droit du bailleur, par la mort de l'emphytéote sans héritier ou successeur, et par la confusion ou consolidation.

1. Répert., v° *Déguerpissement*, § 2 ; voir aussi Voët, *comm. in pand.* VI, 317.
2. Voir page...
3. Duvergier, *op. laud.* n° 175, Laurent, *op. laud.* n. 399.

Ier APPENDICE

L'EMPHYTÉOSE D'APRÈS LE PROJET DE LOI VOTÉ PAR LE SÉNAT

Nous avons vu les vives controverses auxquelles donnait lieu le silence du Code civil sur l'emphytéose, et combien il était difficile de construire une théorie tout à fait à l'abri du reproche d'être arbitraire.

La nécessité de réglementer législativement une institution aussi utile au point de vue économique, que l'emphytéose, ne pouvait pas échapper à l'attention du gouvernement français ; aussi, une place importante a été donnée dans le projet du Code rural, à ce contrat (1).

1. On sait que la loi du 18 septembre 1791, sur les *Biens et usages et la police rurale*, a toujours été considérée comme incomplète. Les jurisconsultes et les légistes n'ont pas cessé depuis de préparer un Code rural pour la France. Après un nombre considérable de projets dont aucun n'a pu aboutir, l'Empire avait enfin présenté au Corps Législatif, en 1870, le premier livre du Code, relatif au *Régime du sol*, et qui devait être suivi de deux autres, relatifs au Régime des eaux et à la *Police rurale*. La guerre de 1870 empêcha que la discussion du projet pût être terminée.

Le Gouvernement de la République a soumis au Sénat, dans la séance du 13 juillet 1876, ce même projet, divisé en trois livres. Plusieurs lois ont déjà été votées par les Chambres ; elles font partie du premier livre, relatif au régime du sol.

L'Exposé des motifs et le projet du Code rural présentés en 1870, se trouvent dans le *Moniteur officiel*, nos des 19 février, 2, 5, 8, 10 et 11 mars 1876.

Le titre V du projet du gouvernement est intitulé : « *Du bail emphytéotique ou à long terme,* » et contient onze articles (art. 58-69).

Ce projet a été modifié par la Commission, et le projet adopté par le Sénat est un exemple frappant des transformations radicales, que peut subir une proposition soumise aux discussions parlementaires.

Nous examinerons le projet actuel, en le comparant dans les cas où cette comparaison nous paraîtra nécessaire, avec le projet primitif et avec les propositions de la Commission; nous insisterons surtout, sur les dispositions importantes, ainsi que sur les principales discussions qui ont eu lieu à leur égard; enfin, nous nous permettrons de faire nos appréciations sur les dispositions qui nous sembleront justes ou sujettes à critique.

Notre but n'étant pas de faire une théorie complète de l'emphytéose, d'après le projet actuel, travail qui nous semble inutile, puisque la plupart des règles nous sont déjà connues; il est évident, que pour les points auxquels le projet n'a pas touché, il faut se reporter à la théorie aujourd'hui existante, que nous avons déjà exposée.

Le Sénat après plusieurs séances laborieuses, remarquables par les discussions vives et pleines d'intérêt qui ont eu lieu, a fini par adopter un projet de loi sur l'emphytéose qui ne contient pas moins de quatorze articles (1).

Nous ne suivrons pas dans nos explications, l'ordre de ces articles. Nous préférons maintenir la méthode déjà suivie dans cette étude, et en conséquence, nous examinerons successivement, la nature et les caractères essentiels du contrat, les droits et les actions de l'emphytéote, ses obligations, la constitution, la

Ceux présentés au Sénat, en 1876, se trouvent au *Journal officiel*, nos des 31 octobre et 1er novembre 1876.

1. *Journal officiel* des 25 et 28 janvier, 12 et 19 février, 1er mars 1882.

transmission, et les causes de déchéance du bail emphytéotique. Enfin, nous consacrerons un paragraphe spécial au droit d'enregistrement, et un autre, aux dispositions de l'article 13 du projet, à cause de leur importance pour la matière, et des graves discussions qui se sont élevées à leur sujet.

§ 1. — *Nature et caractères essentiels du bail emphytéotique.*

Le premier projet, contenait une innovation très considérable ; il assimilait complètement les baux ordinaires à long terme, à l'emphytéote. Cette assimilation résultait d'abord, de la rubrique du Titre V, déjà indiquée, et ensuite, de la présomption légale qu'établissait l'article 58, ainsi conçu : « Le bail des biens immeubles consenti pour 30 ans au moins, ou 99 ans au plus, prend le titre d'emphytéose ou de *bail à long terme.* » C'était là, un principe nouveau, introduit dans la pensée de procurer à l'agriculture « un moyen de crédit légitime. » Voici comment s'exprimait, à ce propos, le garde des sceaux : « Pourquoi ne pas accorder au bail à long terme, les avantages que la loi ancienne attribuait à l'emphytéose ? Si l'on y regarde de près, ces deux droits ne diffèrent que par leurs effets secondaires. Tous les deux confèrent la jouissance d'un immeuble pour un grand nombre d'années ; tous les deux grèvent la propriété pendant une durée qui peut être la même ; ils ont l'un et l'autre, le même but et la même cause ; pour l'un comme pour l'autre le prix consiste dans l'acquittement d'une redevance... Il est raisonnable et il est utile, de faire disparaître toute différence et de ne voir qu'un seul et même contrat, dans le bail à long terme et dans l'emphytéose ; et puisque, dans l'un et l'autre, l'emphytéote et le fermier à long terme supportent les mêmes charges, de leur accorder à tous les

deux, les mêmes droits, et par suite, les mêmes moyens de crédit (1). »

Il ne fallait pas de grands efforts, pour démontrer le grave défaut que contenait cette innovation ; cependant des résistances opiniâtres s'élevèrent au Sénat, car la pensée du Gouvernement avait trouvé un fort appui dans les membres de la commission.

Deux raisons juridiques s'opposaient à l'assimilation des baux à long terme, à l'emphytéose. D'abord, ces deux contrats sont bien différents. L'un ne confère qu'un simple droit personnel, mobilier ; l'autre donne un droit réel, immobilier ; l'un est un simple droit de jouissance très restreint, en comparaison avec celui du propriétaire ; l'autre confère au preneur des droits de jouissance et de disposition, qui sont équivalents à ceux du propriétaire. Confondre les idées les plus opposées et les distinctions les mieux établies, c'était violer des principes de droit, dont l'autorité devait s'imposer au législateur. En effet, la volonté du législateur est suffisante pour attacher les mêmes effets à deux droits, est impuissante à modifier leur essence juridique, l'idée propre qu'une doctrine et une jurisprudence toutes deux très anciennes, ont attachée à chacun d'eux.

Quoi de plus arbitraire en effet, que cette conséquence : le bail de moins de trente ans n'est qu'un louage ordinaire, celui de trente ans ou plus est une emphytéose? Un seul jour suffirait, pour que le droit du preneur se transformât et devînt réel, immobilier, susceptible d'hypothèque et de saisie immobilière ; pour que le preneur ait le droit de faire toutes les transformations qui ne détériorent pas le fonds, et qu'en retour, il n'ait pas le droit d'enlever les améliorations ou constructions faites sans être obligé, ni de réclamer une indemnité ; et enfin, pour qu'il n'ait aucun droit de remise en cas de stérilité ou de destruction partielle du fonds.

1. *Journal officiel* du 1er novembre 1876.

La seconde raison juridique était celle-ci. Une présomption légale s'établit alors que l'usage est tellement habituel, tellement fréquent, que le législateur passe à bon droit pour l'interprète de la volonté des parties lorsqu'il édicte une règle destinée à être suivie, à défaut de conventions expresses. Or, dans notre hypothèse, il est incontestable, qu'on ne pouvait même alléguer un semblable usage ; le bail emphytéotique étant un contrat exceptionnel, dont l'utilité se conçoit dans quelques circonstances également exceptionnelles. Il n'y avait donc aucune base sur laquelle on aurait pu raisonnablement établir une semblable présomption légale.

Ces considérations ne pouvaient échapper au Sénat; aussi l'assimilation proposée, fut finalement rejetée sur les vives instances de l'honorable M. Labiche.

Ce rejet résulte de la suppression de mots : « ou à long terme » du titre V du projet du Code, du rejet de l'article 13 proposé par la commission et sur la portée duquel nous aurons l'occasion de parler avec quelques détails, et enfin, de la substitution à l'ancien texte de l'article 1er, de la rédaction suivante : Le bail emphytéotique de biens immeubles, confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque; ce droit peut-être cédé et saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière. Ce bail ne peut être consenti pour plus de quatre-vingt-dix-neuf ans, ni pour une durée moindre de dix-huit ans. Il ne peut se prolonger par tacite reconduction (1). » Le premier alinéa de cet article contient la définition de l'emphytéose. Cette définition était devenue absolument nécessaire après les effort faits pour la suppression de toute

1. Cet article, de l'aveu même du garde des sceaux, « a été combiné avec les plus éminents professeurs de Code civil de la Faculté de droit de Paris (*Journal officiel* du 12 février 1882, p. 62). Il faut remarquer cependant, que la durée de 18 ans a été substituée par le Sénat, à celle de 30 ans proposée par le gouvernement et la commission.

confusion entre le bail à long terme et le bail emphytéotique. Désormais, il n'y aura plus possibilité de contester à l'emphytéose son caractère de droit réel immobilier, susceptible d'hypothèque, de cession et de saisie immobilière. L'emphytéose est un démembrement de la propriété, analogue à l'usufruit ou autre servitude. Là où ce démembrement existe, il y a emphytéose; là où il n'existe pas, il y a bail.

Le second alinéa du même article, indique un second élément essentiel et caractéristique de l'emphytéose : c'est la durée. Le bail emphytéotique « *ne peut être* consenti pour plus de quatre-vingt-dix-neuf ans, ni pour une durée moindre de dix-huit ans ».

En ce qui concerne le *maximum* de la durée, nous n'avons rien à ajouter à ce que nous avons déjà dit, dans la partie de cette étude relative à la théorie de l'emphytéose dans le droit actuel. Aucune difficulté ne s'est présentée au Sénat pour l'admettre.

Il n'en fut pas de même, à l'égard du *minimum*. Sa fixation a soulevé au Sénat de longues discussions pleines de difficultés. Le gouvernement, ainsi que la commission, proposaient le terme de trente ans. Ce délai fut vivement attaqué comme étant trop long; ce qui aurait entraîné comme conséquence, de rendre l'emphytéose un contrat fort peu usité dans la pratique, et de frapper ainsi de mort l'institution même qu'on s'était proposé de faire revivre. L'honorable sénateur M. Malens, proposait la suppression de toute durée *minima*, dans l'intention, disait-il, de faciliter la pratique de l'emphytéose. On a objecté avec raison, que la longue durée : « *ad non modicum tempus* » a toujours été une des caractéristiques de ce contrat, et qu'elle se justifie parfaitement par l'importance de droits qu'il confère au preneur, et surtout par la faculté d'hypothéquer le *droit* emphytéotique. Or, c'est la raison économique, sinon aussi la raison juridique, qui exige que l'hypothèque ait une assiette d'une durée plus ou moins considérable.

Aussi, après de vifs débats, on s'est arrêté à la durée de dix-huit ans, limite très raisonnable, qui satisfait à la fois l'intérêt du bailleur et celui du preneur. Elle correspond au terme, au delà duquel, la loi du 22 mars 1855 exige la transcription des baux ordinaires.

En résumé, le projet de loi voté par le Sénat ne porte aucune atteinte au droit commun. Il n'y aura à tirer aucune présomption légale de ce qu'un bail a été consenti pour plus de dix-huit ans, quelle que soit sa durée, fût-elle même de quatre-vingt-dix-neuf ans, il n'en restera pas moins soumis aux règles du Code civil relatives au louage ordinaire. Si les parties veulent contracter un bail emphytéotique, elles doivent nécessairement consentir un bail d'une durée d'au moins dix-huit ans et exprimer formellement leur intention. Il est à peine besoin de dire qu'on n'exige pas de termes sacramentels, que grâce aux idées du droit moderne, nous ne les connaissons pas. L'intention de contracter un bail emphytéotique peut résulter donc des quelques clauses du contrat, comme la faculté d'aliéner, d'hypothéquer, tout aussi bien que du nom d'*emphytéose*, que les parties contractantes ont donné à leur contrat.

De là, résulte que le plus souvent, les actes contenant une cession de jouissance, seront considérés comme baux plutôt que comme emphytéoses.

La durée et la nature du droit emphytéotique, voilà les deux caractères essentiels de l'emphytéose ; et nous nous hâtons d'ajouter, qu'il n'y en a pas d'autres. La longue durée du bail, la modicité de la redevance, l'obligation d'améliorer, ne sont pas des caractères décisifs, puisqu'ils peuvent se rencontrer dans un bail ordinaire, aussi bien que dans un bail emphytéotique.

On n'a qu'à féliciter le Sénat de la manière heureuse dont il a tranché cette question, qui a fait tant des difficulté et d'embarras à la doctrine et à la jurisprudence.

§ 2. — *Droits de l'emphytéote.*

Nous avons déjà vu que le bail emphytéotique confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque (art. 1). Il est à peine besoin de dire que cette faculté n'empêche pas le bailleur d'établir une hypothèque sur le fonds emphytéotique lui-même ; l'expropriation qui s'ensuivrait, aura pour effet de substituer l'adjudicataire à la place du propriétaire exproprié, et conséquemment, il sera tenu de respecter l'emphytéose, ainsi que le droit d'hypothèque consenti par le preneur.

Il n'est pas sans intérêt de signaler ici une question qui a fait l'objet des discussions du Sénat. On s'est demandé, de quelle manière il conviendrait de régler le concours qui pourrait se produire entre le privilège du bailleur pour la redevance du fonds et l'hypothèque consentie par l'emphytéote.

Le rapporteur de la commission estimait, que du moment que le propriétaire a consenti à ce que le preneur fût investi de ce droit, il est censé par là même, avoir renoncé à son droit de préférence ; que par suite, son privilège doit être primé par l'hypothèque.

On a répondu, non sans raison, que le bailleur tenait son privilège du droit commun, et qu'en conférant au preneur un droit susceptible d'hypothèque, il ne pouvait être présumé avoir renoncé à son droit antérieur, celui d'obtenir le payement de la redevance qu'il tenait du contrat lui-même ; car les renonciations ne se présument pas. Outre ce raisonnement, il y en a un autre qui nous paraît plus juste, et que nous devons à la haute sagacité de notre savant maître M. Bufnoir (1). Il fallait se demander, d'abord, s'il était vrai qu'un concours entre le privilège du bailleur

1. Lettre adressée à la *Revue générale de Droit*, etc.

et l'hypothèque consentie par le preneur pouvait se produire. Une réponse négative à cette question aurait suffi pour couper court à toute discussion. Sur quoi, en effet, porte le privilège du bailleur ? L'article 2102 du Code civil le dit clairement : « Sur les fruits de la récolte de l'année, et sur le prix de tout ce qui garnit la maison louée ou la ferme et de tout ce qui sert à l'exploitation de la ferme ». Or, il est manifeste que l'hypothèque consentie par le preneur emphytéotique ne peut porter que sur son droit d'emphytéose ; il n'y a donc pas identité d'objet, ni possibilité de conflit.

L'emphytéote peut librement céder, transmettre son droit entre-vifs ou à cause de mort; cela est dit expressément dans l'article 1er du projet.

La question de savoir si l'emphytéote peut consentir des servitudes actives ou passives, a fait l'objet d'une discussion au Sénat. Le projet du gouvernement était muet sur la question. La commission avait proposé dans l'article 9, un alinéa ainsi conçu : « Il peut *créer* sur le fonds des servitudes actives ou passives ». Cet alinéa était d'abord évidemment incorrect, car on ne peut pas créer des servitudes *sur* le fonds, mais au profit du fonds. Il a paru qu'il était également incomplet, car il n'indiquait pas si ces servitudes s'éteindraient à la fin du bail, et il ne mettait pas à charge de l'emphytéote l'obligation de dénoncer le fait au propriétaire.

Aussi, sur les instances de plusieurs sénateurs et jurisconsultes, on a rédigé et adopté l'article suivant : Art 9 : L'emphytéote peut acquérir au profit du fonds, des servitudes actives, le grever, par titre, de servitudes passives, pour un temps qui n'excédera pas la duré du bail et à charge d'avertir le propriétaire. »

Nous pensons, que l'insertion dans la loi de la mention que les servitudes seront temporaires, est superflue; car, d'une part

l'argument invoqué, qui consiste à dire que les servitudes sont de nature perpétuelle, exact pour les servitudes prédiales, est inapplicable aux servitudes personnelles ; d'autre part, le principe bien connu : *resoluto jure dantis*, etc., aurait suffi pour rendre toute incertitude impossible. On a dit, qu'il y avait des doutes sérieux en ce qui concerne les servitudes actives, quand elles sont dans l'intérêt du fonds ; car certains auteurs, (on a cité : M. Mourlon, M. Marcadé) ont vu là, un acte de gestion d'affaires.

Nous ne comprenons pas comment cette thèse aurait pu soulever des difficultés dans la doctrine et la jurisprudence, et nous affirmons qu'elle n'en a créé aucune ; car, on ne peut pas trouver dans l'espèce, les éléments constitutifs de la *negotiorum gestio*.

D'ailleurs, nous n'insistons pas, car plus une loi contient de dispositions claires et précises, plus on tarit la source des procès aux amateurs de la chicane.

Il est à remarquer que le preneur ne pourra grever le fonds de servitudes, que par titre.

Dans tous les cas, l'emphytéote devra dénoncer au propriétaire les servitudes actives ou passives qu'il a consenties, mais il n'est pas obligé de lui dénoncer préalablement son intention même.

« L'emphytéote profite du droit d'accession pendant la durée de l'emphytéose » art. 10. On aurait pu à cette occasion trancher les hésitations de la jurisprudence, sur la question de savoir si l'on devait comprendre aussi l'île, qui s'est formée pendant la durée de la concession dans le lit de la rivière non navigable et non flottable.

« Il a seul les droits de chasse et de pêche, et exerce à l'égard des mines, minières, carrières et tourbières tous les droits de l'usufruitier » art. 12.

On sait que dans l'ancien droit la question pour les mines, minières et carrières était controversée, et que la solution qui avait

prévalu était celle qui assimilait complètement à cet égard, l'emphytéote à l'usufruitier.

Le projet du gouvernement, article 69, assimilait l'emphytéote en ce qui concerne les minières et carrières au propriétaire ; et en ce qui concerne les mines à l'usufruitier. Il y avait là, à notre avis, un double défaut : d'abord celui de donner à l'emphytéote tous les droits du propriétaire, c'était aller trop loin ; c'était lui permettre de détériorer le fonds ; ce qui était à la fois injuste et en contradiction formelle avec le principe, qui défendait à l'emphytéote tout changement pouvant diminuer la valeur du fonds. Le second défaut, était d'établir une différence si considérable, entre les minières et carrières d'une part, et les mines d'une autre part. On voit bien que le Sénat, n'a pas manqué de corriger ces imperfections du projet du gouvernement en adoptant l'article 12 tel qu'il avait été proposé par la commission. L'assimilation des droits de l'emphytéote aux droits de l'usufruitier, en ce qui concerne les mines, minières, carrières et tourbières est raisonnable, et en même temps conforme à la solution qui avait prévalu dans l'ancien droit.

L'article 11 du projet contient une disposition très remarquable, il porte : « En cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, le bailleur devra faire connaître le droit de l'emphytéote, conformément aux dispositions de l'article 21 de la loi du 3 mai 1841. Des indemnités distinctes sont accordées au bailleur et au preneur. » C'est là, une règle bien préférable à l'habitude prise par la jurisprudence, qui veut assimiler à ce point de vue l'emphytéote à l'usufruitier, et lui donner seulement la jouissance de l'indemnité du propriétaire. En effet, il faut éviter le plus possible la création de nouveaux usufruits, qui sont autant de gênes pour la transmission des biens. Le Sénat a donc eu parfaitement raison, en assimilant l'emphytéote au locataire, et en lui accordant ainsi, une indemnité distincte.

Quant aux actions, il suffit de dire que l'emphytéote a les actions tant pétitoires que possessoires.

§ 3. — *Obligations de l'emphytéote.*

L'article 4 porte : « Le preneur ne peut demander la réduction de la redevance pour cause de perte partielle du fonds, ni pour cause de stérilité ou de privation de toute récolte, à la suite de cas fortuit. » C'est, on le voit, la consécration pure et simple de l'ancienne jurisprudence. Cette disposition se justifie à cause de l'*alea* inséparable d'un pareil contrat.

On objectera peut-être, qu'on devrait cependant faire une exception pour l'hypothèse où le fonds se trouverait tellement diminué par suite de perte partielle, que ce qui en resterait ne pourrait donner de produits équivalents à la redevance. On peut répondre, que l'emphytéote ayant tous les droits équivalents à ceux d'un propriétaire, il est équitable qu'il en subisse aussi tous les désavantages, et qu'en bonne législation, il vaut mieux éviter entre le preneur et le bailleur des comptes à rendre, qui n'engendrent que des difficultés et des procès.

L'article 7 s'occupe de la question importante des améliorations, il porte : « L'emphytéote ne peut opérer dans le fonds aucun changement qui en diminue la valeur. Si le preneur fait des améliorations ou des constructions qui augmentent la valeur du fonds, il ne peut les détruire, ni réclamer à cet égard aucune indemnité. »

Nous souscrivons pleinement à ces dispositions, qui sont la consécration des décisions qui avaient prévalu dans l'ancien droit ; et qui concordent parfaitement avec l'économie même de l'institution. Désormais, il n'y aura plus de difficulté sur l'étendue des droits de l'emphytéote : il ne pourra opérer dans le fonds

aucun changement qui en diminue la valeur ; mais il sera libre, sous cette condition, de substituer une culture à une autre, de construire des bâtiments nouveaux, de transformer les bâtiments anciens. Une fois accomplies, ces améliorations, ces constructions, seront acquises au propriétaire. Le preneur ne pourra les détruire, ni réclamer à cet égard, aucune indemnité.

On voit bien, sans avoir besoin d'insister, quelles sont les différences importantes qui séparent l'emphytéote du preneur à bail ordinaire, de l'usufruitier et du possesseur de bonne ou de mauvaise foi.

L'article 8 alinéa 1er dispose. « Le preneur est tenu de toutes les contributions et les charges de l'héritage. » Nous faisons une petite remarque de rédaction ; le mot *héritage*, peut parfaitement bien être remplacé par l'expression : *fonds*, qui est employée dans tous les autres articles du projet.

De la généralité des termes de cet alinéa, on doit déduire que les dispositions de la loi du 11 frimaire an VIII (1), doivent être considérées comme abolies en ce qui concerne l'emphytéose, c'est-à-dire, que l'emphytéote ne pourra plus prélever sur la part due au propriétaire, le cinquième de ce qu'il aura versé, en le retenant lors du paiement de la redevance.

Le second alinéa de l'article 8 est ainsi conçu : « En ce qui concerne les constructions existant au moment du bail et celles qui auront été élevées en exécution de la convention, il est tenu des réparations de toute nature ; mais il n'est pas obligé de reconstruire les bâtiments s'il prouve qu'ils ont été détruits par cas fortuit, par force majeure ou qu'ils ont péri par le vice de la construction antérieure au bail. » C'est aussi la décision que donnait Loyseau (2), et qui avait prévalu dans l'ancien droit. Décider le

1. Voir aussi la loi du 3 frimaire an VIII.
2. *Du Déguerpissement*, liv. IV, ch. V, nº 6.

contraire c'eût été imposer à l'emphytéote l'obligation d'améliorer le fonds.

Le troisième alinéa de l'article 8 porte : « Il répond de l'incendie, conformément à l'article 1733 du Code civil. » Cette assimilation de l'emphytéote au locataire se comprend parfaitement.

§ 4. — *Constitution de l'emphytéose.*

L'article 2, traite des conditions de capacité exigées des personnes qui veulent constituer un bail emphytéotique. Il est ainsi conçu : « Le bail emphytéotique, ne peut être valablement consenti, que par ceux qui ont le droit d'aliéner, et sous les mêmes conditions, comme dans les mêmes formes. — Les immeubles appartenant aux mineurs ou interdits, pourront être donnés à bail emphytéotique, en vertu d'une délibération du conseil de famille, homologuée par le tribunal. — Le mari pourra aussi donner à bail emphytéotique les immeubles dotaux, avec le consentement de la femme et l'autorisation de justice. »

Nous croyons qu'à la rigueur cet article est inutile, car du moment que l'article 1er définit l'emphytéose, un droit réel immobilier, un démembrement de la propriété, il est évident que la constitution d'un bail emphytéotique, est un acte d'aliénation, et que par conséquent, les règles du droit commun doivent lui être appliquées.

L'article 3 est relatif au mode de preuve du contrat. « La preuve du contrat d'emphytéose, dit cet article, s'établira conformément aux règles du Code civil en matière de baux. A défaut de conventions contraires, il sera régi par les dispositions suivantes. »

Dans l'article 59 du projet primitif, on exigeait la rédaction d'un écrit ; *non solum ad probationem, sed etiam ad solemni-*

tatem. Le garde des sceaux justifiait de la sorte cette formalité : « Ce contrat a de l'importance, il affecte la propriété (1) ; aux termes de l'article 2 de la loi du 23 mars 1855, n° 4, il est soumis à la transcription. On ne saurait donc se dispenser de le constater par écrit (2). »

Le Sénat, d'accord avec la commission, a jugé avec raison, suivant nous, que ces considérations étaient insuffisantes pour faire de l'emphytéose un contrat solennel. Telle était aussi la solution qui avait triomphé dans l'ancien droit. Du reste, en pratique, les parties ne manqueront certainement pas de dresser un écrit et d'opérer la transcription, afin que le droit réel immobilier puisse être opposable aux tiers.

§ 5. — *Transmission du droit emphytéotique.*

L'emphytéote peut céder, transmettre son droit, par acte entre-vifs ou par testament (art. 1). On n'a qu'à appliquer sur ce point les principes de droit. Il n'y a pas l'obligation de dénoncer au propriétaire l'intention d'aliéner ou l'aliénation effectuée; le propriétaire n'a aucun droit de *laudemium* à percevoir.

§ 6. — *Causes de déchéance de l'emphytéote.*

L'article 5 s'exprime de la manière suivante : « A défaut de paiement de deux années consécutives, le bailleur est autorisé, après une sommation restée sans effet, à faire prononcer en justice la résolution de l'emphytéose.

1. Nous croyons, pour notre part, qu'il est plus exact de dire que l'emphytéose est soumise à la transcription par l'article 1, n° 1er de la loi du 23 mars 1855, comme tout acte translatif des droits réels.

2. *Journal officiel* du 1er novembre 1876.

La résolution peut également être demandée par le bailleur en cas d'inexécution des conditions du contrat, ou si le preneur a commis sur le fonds des détériorations graves.

« Néanmoins, les tribunaux peuvent accorder un délai suivant les circonstances. »

Cet article prévoit trois causes de déchéance : la première, le defaut de payement de la redevance pendant deux ans. Dans le droit romain et l'ancien droit français, le délai était de trois ans. On a voulu, dit l'exposé des motifs, imiter la règle posée par l'article 1912 n° 1 du Code civil, relatif aux rentes constituées en perpétuel. Il nous semble que l'innovation n'est pas bien heureuse, précisément pour les mêmes motifs qui ont déterminé le gouvernement à écarter sur le point qui nous occupe, l'application du droit commun, d'après lequel, le défaut de payement d'un seul terme suffit pour autoriser le bailleur à demander la résolution du contrat (art. 1184). « Une telle rigueur serait excessive, dit le rapport, si l'on appliquait à l'emphytéose, qui, au début, oblige ordinairement le preneur à des fortes dépenses : un seul retard serait trop dommageable pour le fermier, qui perdrait les fruits de son travail et de ses avances, trop profitable pour le propriétaire, qui s'enrichirait au delà de toute proportion. Il ne serait pas juste, pour une simple inexactitude, de résoudre un contrat d'une si longue durée... » Ce que l'on reconnaît comme injuste pour le défaut de payement d'un seul terme, nous le trouvons également injuste pour le défaut de payement des deux termes. Si l'on veut sérieusement favoriser la pratique de l'emphytéose, parce que l'on reconnaît tout à fait les immenses services qu'elle est destinée à rendre à l'agriculture et à l'industrie, il est de toute nécessité, ce nous semble, de conserver le délai de trois ans fixé par le droit romain et adopté par l'ancienne jurisprudence.

En effet, si, d'une part, on refuse à l'emphytéote tout droit

d'enlever les matériaux des améliorations et des constructions par lui faites, en dehors des stipulations du contrat ; si, dans la même hypothèse, on lui refuse tout droit à une indemnité ; si tous les risques pour cause de stérilité ou de perte partielle du fonds, par cas fortuit ou de force majeure, sont mis à sa charge, nous pensons qu'il est juste et logique d'éviter le plus possible les conséquences rigoureuses de ces dispositions. Malheureusement, il n'est pas du tout rare de voir deux années consécutives être improductives ; mille autres circonstances, également fâcheuses, peuvent empêcher l'emphytéote de faire face à son obligation, de payer la redevance pendant deux ans. Le frapper immédiatement, d'une peine aussi grave, ce serait, à notre avis, effrayer les travailleurs les plus habiles, les détourner de l'idée de contracter une emphytéose. Deux années seulement de délai, leur feraient craindre les risques d'un tel contrat, tandis que trois années suffiraient pour lever toutes leurs hésitations.

On nous objectera peut-être que les juges seront souverains appréciateurs des circonstances, et n'useront du droit de prononcer la résolution qu'avec circonspection et prudence. Cela est vrai ; mais ne vaut-il pas mieux inscrire un droit dans la loi en faveur de l'emphytéote, plutôt que d'accorder un pouvoir discrétionnaire au juge ? Il nous semble qu'il y aura, de cette façon, plus de sécurité et qu'on évitera souvent des procès inutiles.

Enfin, un argument, qui ne nous paraît pas dépourvu de toute valeur, nous est fourni par la tradition historique, — celle, précisément, qui a été si souvent invoquée à la tribune par les honorables membres du Sénat. Il ne faut pas, en effet, oublier que l'emphytéose est par excellence une institution traditionnelle, et que le délai de trois ans est un délai traditionnel.

Le seconde cause de déchéance est l'inexécution des conditions du contrat. Cette cause de déchéance était évidente, on pouvait parfaitement la passer sous silence (art. 1184, alin. 1).

La troisième cause de déchéance, ce sont les détériorations *graves*, commises sur le fonds et imputables à l'emphytéote ; il est à peine besoin de dire que les juges seront souverains appréciateurs de leur gravité.

L'article 5 prend en outre, le soin de dire, que la résolution pour cause de non-paiement de la redevance ne pourra être demandée, qu'après que la sommation faite par le bailleur sera demeurée sans effet; et que les juges auront pour apprécier tous les cas de résolution, un pouvoir discrétionnaire ; qu'ils pourront accorder un délai de grâce, suivant les circonstances.

Quelle est la portée de ces dispositions ? Le projet a-t-il voulu trancher la controverse que nous avons rapportée sur la question de savoir, si l'art. 1656 C. civ., peut être applicable au cas d'emphytéose, ou bien, s'il n'est qu'une disposition spéciale au cas de vente? Nous ne pensons pas que telle soit la portée de l'article 5 du projet, parce que son texte ne fait que répéter les principes de droit commun relatifs à la condition résolutoire tacite, dont traite l'article 1184 C. civ., et au pouvoir discrétionnaire qui appartient dans ce cas au juge, d'accorder un délai de grâce. Il n'y a rien qui laisse à supposer qu'on a voulu viser le cas où les parties ont stipulé que la résolution aura lieu de plein droit, par le seul fait de l'expiration du terme, ou de l'inaccomplissement des conditions du contrat. Ce qui confirme notre manière de voir, c'est que nous ne trouvons dans l'exposé des motifs du gouvernement aucune allusion faite à l'hypothèse prévue par l'art 1656 ; et d'autre part, l'art. 5 a été adoptée par le Sénat sans aucune discussion. Si vraiment on avait voulu appliquer à l'emphytéose les dispositions de l'article 1656, nous croyons qu'on aurait pris la peine de s'en expliquer formellement, pour qu'il ne subsiste aucun doute.

Nous pensons donc, qu'il est bien préférable de renvoyer purement simplement au droit commun, en ce qui concerne la somma-

tion et le délai de grâce, si véritablement on n'a pas l'intention de trancher aucune controverse.

L'article 6 du projet prohibe le délaissement ou déguerpissement de l'emphytéote; il porte : « Le preneur ne peut se libérer de la redevance, ni se soustraire à l'exécution des conditions du bail emphytéotique en délaissant le fonds ». A vrai dire, ce point ne faisait plus de difficulté dans la jurisprudence. L'exposé des motifs justifie cette disposition, en disant, que dans l'ancien droit français, l'emphytéote avait la faculté de délaisser et de se dégager par là de ses obligations. Le rapport justifie d'ailleurs très bien la prohibition de déguerpir, en disant, que la faculté de délaisser est inconciliable avec le droit d'hypothéquer : qui voudrait d'une hypothèque sur l'emphytéose, si le fermier pouvait, en délaissant, anéantir le gage des créanciers?

§ 7. — *Droit d'enregistrement.*

Ce point nous occupera un peu longuement, non-seulemeut à cause de son importance capitale, mais aussi à cause des vifs débats auxquels il a donné lieu au sein du Sénat.

Le projet primitif du gouvernement ne contenait aucun texte relatif au droit d'enregistrement ; mais l'exposé des motifs a très bien marqué l'intérêt que présente la question du droit d'enregistrement, dans un passage qu'il importe de reproduire : « Nous attachons une très-grande et très-légitime importance à tout ce qui peut donner du crédit à l'agriculture. C'est en se plaçant à ce point de vue, qu'on a rédigé le titre du code rural relatif à l'emphytéose. *Ces soins seraient inutiles si un droit d'enregistrement excessif, pesant sur cette nature de contrat, le rendait, en quelque sorte, impossible.* Il a donc été nécessaire de se rendre compte de l'état de la législation, afin de

la modifier, si le besoin s'en faisait sentir. » Le gouvernement reconnaissait, en conséquence, la nécessité de modifier la doctrine et la jurisprudence qui régit actuellement l'assiette de l'impôt, et que nous avons déjà indiqués précédemment, en la critiquant.

La commission du Sénat proposait d'assimiler le bail emphytéotique aux baux ordinaires des biens immeubles, et de le soumettre à un droit de 20 centimes pour 100, du fermage cumulé. Ce système, adopté sans aucune objection, en première lecture, a échoué devant les réclamations des représentants de l'administration. La commission proposa un article ainsi conçu : « L'acte constitutif de l'emphytéose n'est assujetti qu'aux droits d'enregistrement et de transcription établis pour les baux à ferme ou à loyer d'une durée limitée.

« Les mutations de toute nature ayant pour objet soit le droit du bailleur, soit le droit du preneur, sont soumises aux dispositions de la loi du 22 frimaire an VII, et des lois subséquentes concernant les transmissions de propriété d'immeubles. Le droit est liquidé sur la valeur vénale déterminée par une déclaration estimative des parties. »

Le Sénat, sans discussion aucune, adopta à la deuxième délibération du projet ce système mixte, qui fait une distinction aussi capitale qu'illogique, entre la constitution et la transmission du bail emphytéotique.

Ce n'est qu'après l'adoption de cet article 14, qu'un honorable sénateur, M. Labiche, proposa d'insérer une disposition additionnelle ainsi conçue : « Le paiement de ces droits d'enregistrement est fractionné, si les parties le requièrent, conformément à l'article 11 de la loi du 23 août 1871. »

Après de vives et longues discussions, le Sénat a fini par adopter la proposition de M. Labiche, ainsi qu'une disposition complémentaire proposée par le Ministre des finances et qui est la suivante : « Chaque échéance et acquittée solidairement dans le

délai prescrit et sous les peines édictées par l'article 14 de la même loi, par le bailleur ou le preneur, qui sont alors détenteurs des biens. » Ces deux dispositions forment, dans l'ordre où nous les avons transcrites, le deuxième et le troisième alinéa de l'article 14, et ne demandent aucune explication.

Voyons d'abord, quelle est la portée du premier alinéa. Nous l'avons déjà dit, il assimile le bail emphytéotique en ce qui concerne sa constitution, à un bail ordinaire ; conséquemment, il ne l'assujettit qu'à un droit de 20 centimes pour 100, du fermage annulé. Cette disposition paraît, à première vue, en contradiction avec le principe posé, que l'emphytéose confère un droit réel immobilier, un démembrement de la propriété ; on devrait donc frapper l'établissement de l'emphytéose d'un droit de 5 francs 50 centimes pour 100, et consacrer de la sorte la jurisprudence de la Cour de cassation. Mais, comme a très-bien dit M. Labiche, on ne se trouve pas ici devant un principe de droit dont l'autorité s'impose nécessairement au législateur.

La preuve est que l'administration elle-même, depuis l'an VII jusqu'en 1834, n'a pas hésité par ses circulaires (1) à reconnaître, qu'elle n'était en droit de percevoir sur les baux emphytéotiques, que des droits mobiliers ; et cela à une époque même, où la loi du brumaire, an VII, attribuait aux emphytéotes la faculté d'hypothéquer leur droit.

Outre cet argument, il y en a un autre qui est décisif. C'est que les principes de droit doivent être combinés avec les considérations d'utilité pratique, et quand il y a incompatiblité entre eux, ce sont ces derniers, ce nous semble, qui doivent l'emporter sur la *ratio juris*.

Dans la question qui nous occupe, frapper l'établissement des emphytéoses d'un droit de mutation comme la propriété immobi-

1. Circulaire du 16 messidor an VII.

lière, c'est condamner à mort l'institution qu'on veut faire renaître. On l'a parfaitement bien compris et on a sagement agi en écartant ce danger.

Pourquoi n'a-t-on pas adopté la même mesure, en ce qui concerne le droit d'enregistrement en cas de mutation entre-vifs ou par décès ? Il n'y avait, ce nous semble, aucune raison qui s'y opposât. L'honorable M. Gazagne a parfaitement bien dit que le Sénat a pris d'une main, ce qu'il avait donné de l'autre.

Les dispositions de l'article 14, alinéa 4, ne sont pas seulement illogiques et trop fiscales, elles peuvent aussi donner lieu à des fraudes, que, au moins dans la généralité des cas, il serait impossible de prouver et de réprimer.

En effet, voici comment M. Gazagne a exposé les inconvénients de la disposition qui prescrit que la perception du droit de mutation s'opérera, non plus sur le revenu, comme la loi dit pour le cas de transmission par succession ou entre-vifs d'un droit de propriété immobilière, mais sur *la valeur vénale.*

Quelle sera la conséquence de cette innovation à l'égard du Trésor, demanda-t-il ? « Je vais établir par un exemple, répondit-il, la différence énorme dont il pourrait être victime. J'achète un immeuble d'un million ; qu'est-ce que je dois payer au Trésor? 70,000 fr. à raison de 7 pour 100 en chiffres ronds. Mais si je divise, si je scinde mon acte en deux, si je commence par me rendre d'abord emphytéote, et si quelque temps après j'achète le fonds, voyez donc le profit que j'en retirerai. Vous établissez dans votre loi, qu'après avoir payé un droit de 20 centimes, je suis, par l'effet du bail emphytéotique, devenu acquéreur ; j'accepte votre principe, je le retiens ; me voilà donc propriétaire du domaine utile ? au moyen de ce droit de 20 centimes ; et la preuve que je suis propriétaire de ce domaine utile, c'est que vous exigerez qu'on vous paye le droit de 5 fr. 50 à titre de vente, lorsque je transmettrai mon emphytéose à un tiers.

Or, en déduisant le domaine utile (1), je demande quelle est l'importance du fonds, de cet immeuble dépouillé de la jouissance utile pour soixante ans, pour quatre-vingt-dix ans même? Ce fonds n'aura qu'une légère, bien légère valeur; certes, si je l'estime à 200,000 fr., ce sera beaucoup, et peut-être le propriétaire de ce fonds grevé d'un bail emphytéotique de longue durée ne trouverait pas à le vendre à ce prix là.

« Eh bien, moi emphytéote, je l'achète pour 200,000 fr., je ne payerai les droits d'enregistrement que sur cette somme. Calculez donc les droits de vente sur le fonds et les droits de bail sur le domaine utile, et vous arriverez à peine à un chiffre de 16,000 fr., pour le tout ; ce qui constituerait une perte nette de 54,000 fr. pour le trésor.

« Considérez donc le preneur en emphytéose, au point de vue fiscal, comme un fermier ordinaire, pour les droits à percevoir contre lui, et vous n'aurez jamais à redouter le danger que je vous signale.

« Vainement vous me soutiendrez que dans l'exemple cité par moi, je serai soupçonné et accusé de fraude. Vainement vous me diriez qu'on me contraindrait au paiement du droit de vente sur la valeur de l'immeuble entier. Il n'y a jamais fraude à user d'un droit résultant d'une loi (2). »

Comme on le voit, la démonstration a été claire et logique ; aussi, aucune objection n'a été faite ; au contraire, elle a été approuvée. Mais ces efforts venaient trop tard ; car le Sénat se trouvait déjà lié par l'adoption de l'article 14, à la deuxième lecture.

Nous ne croyons pas cependant qu'ils resteront sans effet.

1. Il est à peine besoin d'observer que l'expression de *domaine utile* est surannée, et que le droit moderne ne reconnaît plus le dédoublement de la propriété en domaine direct et domaine utile.

2. Voir le *Journal officiel* du 10 février 1882.

D'une part, ils ont laissé à l'administration de l'enregistrement beaucoup de points à méditer ; d'autre part, nous espérons que l'attention de la Chambre des Députés se portera particulièrement sur la disposition qui nous occupe, disposition, dont le fâcheux effet est de nature à frapper de mort dans son germe, la loi même qu'on a eu l'intention de présenter comme un remède aux souffrances dont l'agriculture est la victime. Le Sénat, mieux pénétré des dangers des dispositions votées avec précipitation, ne manquera pas de revenir sur son vote si la Chambre l'y invite.

Voici la solution qui nous semble préférable sur cette question de l'enregistrement. Il n'y a pas de distinction à faire entre l'acte de constitution et l'acte de translation d'un bail emphytéotique. En théorie, l'emphytéose devrait être soumise à un droit spécial de mutation, puisque c'est un contrat spécial, *sui generis*. De ce que l'emphytéose engendre un droit réel, immobilier, il n'y a pas de motif pour l'assimiler à un contrat translatif de propriété immobilière. L'usufruit, les servitudes, les hypothèques sont-ils des actes translatifs de propriété et tarifés comme tels (1) ?

Il nous reste pour finir avec l'étude de ce projet, à signaler la disposition de l'article 13 ainsi conçu : « Les articles 1, 9 et 11 sont applicables aux emphytéoses antérieurement établies, si le contrat ne contient pas de stipulations contraires. »

Nous croyons devoir entrer dans quelques détails sur l'historique de cet article.

Voici quelle était la rédaction proposée par le gouvernement et acceptée par la commission ; « Les dispositions de la présente loi seront applicables, aux baux de trente ans ou plus, quel que soit le nom employé pour les désigner, si les parties n'ont pas restreint le contrat aux effets du bail ordinaire. »

Il y avait là une disposition extrêmement grave ; on établissait

1. M. Laurent, t. VIII, p. 429.

une présomption légale d'après laquelle, dans le silence des parties, dès qu'un bail avait une durée de trente ans, il était présumé emphytéotique ; et cette présomption atteignait, non-seulement les baux à long terme ordinaire, mais aussi une foule d'autres baux connus sous divers noms : le champart, le bail à complant, la métairie, le bail héréditaire d'Alsace, le bail à domaine congéable, etc., etc.

On poursuivait, on l'a déjà compris, la même idée d'assimilation que le gouvernement, d'accord avec la commission, avait déjà tenté de faire passer dans l'article 1er du projet de loi. Cette assimilation ayant été repoussée dans l'article 1er actuel, on voulait à tout prix y revenir.

Nous avons déjà signalé le grave défaut qu'elle présentait ; nous croyons devoir le rappeler. On violait manifestement l'intention des parties contractantes, car, on établissait une présomption légale arbitraire ; ce qui était l'exception, c'est-à-dire, la pratique des baux emphytéotiques, on l'érigeait en règle, contrairement à tous les principes du droit. Un autre défaut non moins grave, qui n'était que la conséquence du premier, était qu'on assujettissait aux rigueurs de la loi fiscale, précisément les personnes qu'on devait aider par une loi de faveur.

Ce qui aggravait plus encore les dangers de cette présomption ; était la circonstance que déjà on avait déterminé dans l'article 1er, le terme de 18 ans comme *minimum* de la durée du bail emphytéotique ; donc tout bail, par cela seul qu'il était consenti pour une durée de 18 ans, sans que les parties eussent le soin de stipuler formellement qu'elles entendaient restreindre le contrat aux effets du bail ordinaire, devait logiquement être présumé emphytéotique.

La commission elle-même, après de sérieuses réflexions, recula devant ces énormités, et demanda la suppression de l'article 13, qu'elle venait de proposer.

C'est alors qu'on rédigea l'article 13 actuel, qui rend applicables aux emphytéoses *antérieurement établies,* les dispositions des articles 1, 9 et 11, que nous avons déjà analysées.

C'est une disposition interprétative, qui ne viole en rien le principe de la non-rétroactivité des lois.

Comme conclusion de cette étude, on peut dire que le projet de loi votée par le Sénat est une œuvre législative très sage. En tenant compte des quelques modifications que nous nous sommes permis de proposer, et sans que nous prétendions avoir épuisé la matière, nous avons la conviction profonde, que ce projet devenu loi, produira les effets les plus utiles pour l'agriculture et l'industrie. L'emphytéose sera désormais exempte du reproche d'être une institution équivoque et obscure ; les nombreuses divergences entre les auteurs perdront de leur actualité, pour passer dans le domaine de l'histoire de ce contrat. On verra disparaître, nous l'espérons du moins, les préjugés juridiques qui encombrent actuellement l'esprit de jurisconsultes éminents : l'emphytéose n'aura plus d'adversaires. Elle occupera une place d'honneur dans la législation de la France ; et tant qu'il y aura une terre en friche ou difficile à mettre en valeur, l'emphytéose subsistera, car elle aura sa raison d'être.

II. — APPENDICE

LÉGISLATION COMPARÉE

Nous avons retracé l'histoire de l'emphytéose dans le droit romain, dans l'ancien droit français, et nous avons vu sur ce point la législation actuelle. Nous ne croyons pas cependant notre tâche comme terminée. Issue du droit romain, l'emphytéose a été, et elle est pratiquée encore par un grand nombre de peuples modernes, qui tous ont subi plus ou moins directement l'influence du droit romain, dans le développement de leur droit civil. Il importe donc, d'exposer le plus rapidement possible, quelques-unes de ces législations étrangères, car, la comparaison est le meilleur guide et la meilleure méthode qu'on peut avoir pour les sciences juridiques et économiques ; et rien n'est plus éloquent et convaincant, que l'expérience de tous les jours faite dans les autres pays. Nous parlerons successivement de l'Italie, de la Belgique, de la Hollande, du Portugal, de l'Espagne, de l'Autriche, et enfin de la Roumanie. Ce dernier pays est celui qui nous attache personnellement, par les liens de nationalité et d'affection, aussi, nous nous faisons un devoir d'y consacrer quelques développements, qui nous ont paru aussi nécessaires qu'utiles.

§ 1. — *L'emphytéose en Italie*

L'emphytéose en Italie a une histoire plus importante que dans aucun pays du monde ; aussi, des auteurs italiens, les plus considérables, ont traité de cette matière avec talent et érudition (1). L'emphytéose byzantine a pénétré en Italie avec les Codes de Justinien, qui y ont été promulgués sous la domination grecque, entre la fin du royaume des Ostrogoths et le commencement de celui des Lombards. Son usage a été général en Italie. Elle fut d'ailleurs revêtue de divers noms. Ainsi, à Ravenne, l'emphytéose est appelée *petitio*, par allusion à la demande que l'emphytéote, comme le précariste dans la *precaria*, a formulée avant d'obtenir la concession.

Plusieurs textes confondent aussi avec l'emphytéose, les expressions *precaria* et *præstaria*, et, en effet, le précaire, abstraction faite de la transmission de propriété qui le précédait souvent, différait bien peu de l'emphytéose. On trouve aussi les expressions de *libellus*, *libellarius contractus*, d'où un grand nombre d'auteurs ont conclu, qu'on ne devait pas voir dans le *libellus* un contrat distinct de l'emphytéose. Nous avons déjà exprimé notre opinion contraire sur ce point, et nous avons indiqué aussi les différences qui les séparent (2). Toutefois il convient d'ajouter, qu'à partir du XIIe siècle ces différences commencent à s'effacer, le *libellarius* se confond avec l'emphytéose, et le précaire avec le *libellarius*.

1. Elia Lattes : *Opera laudato*. Borsari. *Il contrato d'enfiteusi* (Ferrara 1850). G. Poggi, *Saggio di un trattato teorico-pratico sul sistema livellare* (Firenze, 1829). Poggi, *Leggi de l'agricultura in Italia*. Duscio, *Trattato dell' enfiteusi* (Catania 1854).

2. Voir pages 191 et 192.

Dès nos jours, l'emphytéose est, suivant l'attestation de M. G. Poggi (1), appelée en Toscane « *contratto di livello* ». Tous les auteurs sont d'accord pour constater, qu'on n'a jamais cessé en Italie d'y voir un utile instrument d'entreprises agricoles et d'amélioration du sol (2). Vers la fin de XVIIIe siècle, Pierre Léopold, grand-duc de Toscane, rendit sur l'emphytéose une série d'ordonnances, dont le recueil est connu sous le nom de : *sistema livellare Leopoldino.* Par ces ordonnances, le futur empereur d'Allemagne prend des mesures destinées à protéger l'emphytéote dans la possession du fonds, et lui assurer tant qu'il payera la rente, des avantages équivalents à ceux de propriétaire ; il lui permet ensuite de devenir pleinement propriétaire en rachetant cette rente. L'emphytéose devint ainsi, de l'*aveu* même de l'auteur de ces réformes, plutôt une vente à crédit qu'une location perpétuelle (3).

L'Italie abolissait déjà les charges de la féodalité, quand la France commençait seulement à rêver à quelques réformes. C'est ainsi que nous voyons, le même Pierre-Léopold, consacrant tout son règne à la suppression des droits seigneuriaux et à transformer l'emphytéose pour en accroître l'usage. Les lois abolitives de la féodalité n'ont pas porté atteinte, comme en France, aux tenures purement civiles et sans mélange de féodalité.

Les armées françaises envoyées par la Convention y introduisirent les principes nouveaux proclamés par la Révolution, mais la jurisprudence italienne refusa d'appliquer ces principes au *livello* (4).

Lorsqu'après la Révolution et les guerres de l'Empire, pendant lequel le Code civil français avait été promulgué dans presque

1. *Op. laud.*, t. I, p. 151 et suiv.
2. G. Poggi, *op. laud.* t. I. p. 206 ; Lattes, *op. laud.* p. 242 et suiv.
3. G. Poggi. *op. laud.* p. 206 et 207.
4. G. Poggi, *op. laud.*, 249 et suiv.

tous les Etats italiens, ces Etats songèrent à se donner des Codes nationaux, l'emphytéose y fut expressément introduite : on la trouve dans le Code des Deux-Siciles publié en 1819 (art. 1678 à 1703), on la trouve dans le Code Sarde publié en 1838 et connu sous le nom de Code Albert (art. 1941) (1). Enfin, M. Troplong parle de procès curieux sur la matière, dont il aurait été témoin, non-seulement à Gênes, où régnait le Code Sarde, mais aussi à Rome, et il prouve qu'à Rome l'emphytéose était également en usage (2).

Lors de la discussion du nouveau Code civil Italien de 1865, la question de savoir si l'emphytéose devait être maintenue, n'a pas cependant été agitée avec moins de passion qu'en France; la commission du Sénat en proposait la suppression, et demandait que l'on rattachât au contrat ordinaire du louage tous les baux à long terme. Ce vœu, toutefois, n'a pas été accueilli. On considéra que l'emphytéose avait encore sa raison d'être pour les vastes territoires incultes de la Toscane et de la Sicile; on la maintint (3). Le Code lui consacre 12 articles (art. 1556 à 1567).

L'article 1556 définit l'emphytéose un contrat par lequel on concède à perpétuité ou à temps, un fonds, à charge de l'améliorer, et de payer chaque année en reconnaissance de la propriété, une redevance annuelle déterminée en argent ou en denrées. L'emphytéose emporte de plein droit l'obligation d'*améliorer* le fonds. Elle peut avoir pour objet des fonds incultes, en friche, ou déjà cultivés, peu importe. Elle peut être établie à *perpétuité* ou à temps.

Le Code italien considère l'emphytéose comme opérant, au profit du concessionnaire, un véritable transfert du domaine utile

1. *Revue de législation*, t. XI, p. 311.
2. *Op. laud.*, t. I, n° 46, note 1.
3. Huc et Orsier, *le Code civil Italien et le Code Napoléon*, t. I, p. 276 (1868 Paris).

sur la chose. En conséquence, l'emphytéote peut disposer *du fonds* à lui concédé et de ses accessoires, soit par acte entre-vifs, soit par acte de dernière volonté, sans qu'une redevance (*laudemium*) soit due au propriétaire (article 1562). La sous-emphytéose est cependant prohibée (même article). L'emphytéote peut changer la superficie du fonds, à condition qu'il ne détériore pas le fonds, et qu'il n'en diminue pas sa valeur. Il a l'exercice des actions possessoires et pétitoires en son propre nom. Il a droit à tous les produits du fonds et à ses accessoires.

Il a les mêmes droits qu'aurait le propriétaire, à l'égard du trésor et des mines découvertes dans le fonds emphytéotique (art. 1561).

Le Code italien est muet sur la question de savoir, s'il peut acquérir des servitudes actives ou grever le fonds de servitudes passives ; mais on doit décider, ce nous semble, l'affirmative, à condition que ces servitudes ne détériorent pas le fonds. Il est certain que l'emphytéote peut hypothéquer son droit (art. 1567).

Un droit fort remarquable lui est accordé par l'article 1564. « L'emphytéote, dit ce texte, peut toujours racheter le fonds emphytéotique, en payant un capital en argent correspondant à la redevance annuelle... » Ainsi, que l'emphytéose soit perpétuelle ou temporaire, le preneur a le droit de se soustraire unilatéralement à l'exécution de ses obligations en exerçant la faculté de rachat.

L'emphytéote est obligé de payer une redevance annuelle, laquelle est invariable ; il ne peut prétendre à la remise ou à la réduction, pour quelque stérilité extraordinaire ou une perte de fruits quelle qu'elle soit (art. 1559).

Si le fonds emphytéotique périt entièrement, l'emphytéote est libéré de la charge de la redevance annuelle. Si le fonds n'est détruit qu'en partie, l'emphytéote ne peut exiger aucune diminution de redevance, lorsque la partie qui reste est suf-

fisante pour la payer entièrement. Dans ce cas cependant, et si une partie considérable du fonds a péri, l'emphytéote peut renoncer à son droit, en rétrocédant le fonds au concédant (art. 1560).

Les impôts fonciers et toutes autres charges qui grèvent le fonds, sont à la charge de l'emphytéote (art. 1558).

L'emphytéote est obligé, tous les vingt-neuf ans de fournir au bailleur une reconnaissance de son droit (art. 1563).

On n'exige pas la rédaction d'un écrit pour l'établissement de l'emphytéose.

La déchéance est encourue par l'emphytéote qui n'use pas de la faculté de rachat, dans les deux cas suivants : lorsque interpellé régulièrement, l'emphytéote demeure pendant deux années sans payer la redevance ; lorsqu'il détériore le fonds, ou bien quand il n'exécute pas l'obligation prise par lui de l'améliorer.

Mais les créanciers de l'emphytéote ont le droit d'intervenir dans l'instance pour conserver leurs droits ; ils peuvent même, en se servant au besoin du droit de rachat appartenant à l'emphytéote, offrir le paiement des dommages et donner caution pour l'avenir (art. 1565).

Dans tous les cas de remise du fonds dans la possession du bailleur, l'emphytéote a droit à indemnité pour les améliorations par lui faites, s'il ne préfère les enlever. S'il opte pour l'indemnité, alors le montant de l'indemnité varie suivant que l'emphytéose prend fin par l'expiration du terme, ou bien par la déchéance. Dans le premier cas, l'emphytéote a droit au montant de la plus-value à l'époque de la délivrance ; dans le second cas, on compare la plus-value et le montant des impenses : il n'a droit qu'à la plus faible des deux sommes (art. 1566).

Dans tous les cas de remise du fonds, les hypothèques du chef de l'emphytéote se résolvent, et le droit de préférence est transporté sur le prix dû pour les améliorations. Dans le cas de ra-

chat, les hypothèques du chef du bailleur se résolvent sur le prix dû pour le rachat (art. 1567).

§ 2. — *L'emphytéose en Belgique et en Hollande.*

En 1804 lors de la promulgation du Code civil français, la Belgique et la Hollande étaient incorporées à la France; dès lors, l'incertitude sur le maintien de l'emphytéose dut s'y faire sentir, comme dans le reste de l'Empire français. Afin de combler la lacune regrettable du Code civil, fut rendue la loi Belge-Hollandaise du 10 janvier 1824. Cette loi est en vigueur en Belgique encore aujourd'hui; tandis qu'en Hollande elle a été abrogée par le Code civil de 1838.

Examinons d'abord les règles de l'emphytéose en Belgique, d'après la loi citée.

L'article 1er définit l'emphytéose, un droit réel qui consiste à avoir la pleine jouissance d'un immeuble appartenant à autrui, sous la condition de lui payer une redevance annuelle, soit en argent, soit en nature, en reconnaissance de son droit de propriété. Le même article assujettit l'emphytéose à la transcription, mais cette disposition n'avait qu'un caractère fiscal; c'est par la loi du 16 décembre 1851 que la transcription fut considérée comme intéressant les rapports du preneur avec les tiers.

L'emphytéose confère un droit réel immobilier, susceptible d'hypothèque et de saisie immobilière. La durée du bail emphytéotique ne peut être ni plus longue que 99 ans, ni plus courte que 27 ans (art. 2).

Si les parties ont dépassé le maximum de durée prescrit par la loi, la convention n'est pas nulle, mais seulement réductible à ce terme. Si les parties ont déclaré faire un bail emphytéotique per-

pétuel, alors l'opération est considérée comme vente, dont le prix consistera dans une rente essentiellement rachetable (1).

L'emphytéote est tenu de payer la redevance annuelle, laquelle est due d'une façon indivisible (art. 10, al. 1) ; il n'a droit à aucune remise, soit pour diminution, soit pour privation entière de jouissance ; à moins que la privation totale de la jouissance n'ait duré pendant cinq années consécutives (art. 11). M. Laurent (2) pense cependant, conformément à la doctrine enseignée par Voët, qu'il y a lieu à réduction proportionnelle si la redevance est calculée d'après le produit ordinaire du fonds. L'emphytéote supporte seul les impôts (art. 9), et toutes les réparations d'entretien (art. 5). L'emphytéote doit jouir en bon père de famille, il n'est pas tenu de plein droit d'améliorer (art. 5). Il a la *pleine jouissance* du fonds, et en principe, il exerce *tous les droits* attachés à la propriété du fonds (art. 3). On conclut de là qu'il a droit au trésor, et à l'île formée dans le sein du fleuve dont le fonds est riverain (3). Mais cette jouissance est limitée par l'obligation de ne pas diminuer la valeur du fonds. Ainsi, il lui est défendu, entre autres, d'en extraire des pierres, de la houille, de la tourbe, de l'argile et autres matières semblables faisant partie du fonds, à moins que l'exploitation n'ait déjà été commencée à l'époque de l'ouverture de son droit (art. 3).

L'emphytéote peut améliorer le fonds par constructions, défrichements, plantations ; d'où l'on a conclu qu'il peut changer la superficie, si le changement constitue une amélioration. Lorsqu'il a fait des améliorations sans y être obligé, à l'expiration du bail il peut les enlever, à condition de réparer le dommage s'il en résulte un pour le fonds (art. 7). L'emphytéote n'a droit à aucune indemnité de la part du propriétaire, s'il ne veut pas user

1. M. Laurent, *op. laud.*, n° 368.
2. *Op. laud.*, n° 385.
3. *Op. laud.*, n° 377.

du droit d'enlever les bâtiments, les plantations qu'il aurait faits (art. 8). Le propriétaire a un droit de rétention sur ces constructions ou plantations, qui lui sert de garantie pour le payement de la redevance, et pour les dommages-intérêts dus pour dégradation (art. 7). L'emphytéote a les actions pétitoires et possessoires. Il peut grever le fonds de servitudes (art. 6) ; il peut aussi hypothéquer son droit (art. 6, loi du 10 janvier 1824; art. 45, loi du 16 décembre 1851); mais tous ces droits s'évanouissent avec l'emphytéose.

L'emphytéote a la faculté d'aliéner son droit (art. 6), sans être tenu de faire aucune notification au propriétaire, ni de lui payer aucun droit de mutation (*laudemium*) (art. 12). Le propriétaire n'a non plus aucun droit de retrait.

L'emphytéote peut être déchu de son droit, par la commise encourue pour cause des dégradations notables du fonds et d'abus graves de jouissance (art. 15). L'emphytéote peut cependant *empêcher* la déchéance de son droit, en rétablissant les choses dans leur ancien état et en donnant des garanties pour l'avenir (art. 16). Il résulte de la discussion préparatoire qui a eu lieu sur l'article 16, que cet article a une portée exorbitante ; il accorde à l'emphytéote le droit *d'empêcher* la déchéance, même après qu'elle a été prononcée par le juge. Cette décision est critiquée avec juste raison par M. Laurent (1).

L'emphytéote peut être déchu de son droit, s'il ne paye pas le canon à l'échéance. On suit à cet égard les principes du droit commun en matière d'obligations (art. 1184, 1183, 1656 C. civ.). La commise, en tant qu'elle accompagne de plein droit le défaut de payement des arrérages, n'est pas admise comme en droit romain ; il faut une stipulation expresse. L'emphytéote est soumis au jugement par exécution parée (art. 10).

1. *Op. laud.*, n° 400.

L'emphytéose prend fin par la perte totale du fonds (art. 18), par l'expiration du terme. Il n'y a pas de tacite reconduction ; mais si l'emphytéote de fait reste en possession même après l'expiration du terme, le bail continuera en ce sens, que l'emphytéote jouira à charge de payer le canon, mais chacune des parties pourra mettre fin à cet état de choses (art. 14).

Enfin, l'emphytéose prend fin par la confusion, par la prescription, par la résolution du droit du constituant, par l'expropriation pour cause d'utilité publique (1).

Le Code civil hollandais de 1838, conserve à l'emphytéose le caractère de droit réel (art. 516), aliénable et susceptible d'hypothèque (art. 1210) ; mais n'en limite pas la durée. Il se borne à décider, qu'elle s'éteindra comme le droit de superficie, qui ne prend fin qu'à l'expiration du temps convenu entre les parties ; d'où l'on peut conclure, que le Code hollandais ne défend pas l'emphytéose perpétuelle.

L'article 780 de ce Code, comblant une lacune de la loi du 10 janvier 1824, contient un alinéa, par lequel l'emphytéote est déclaré déchu de son droit s'il ne paye pas la redevance pendant vingt ans (2).

§ 3. — *L'emphytéose en Portugal.*

L'emphytéose a toujours été pratiquée en Portugal, depuis les origines de la monarchie.

Elle peut être faite à pérpétuité, pour un certain nombre d'années, pour une vie ou pour plusieurs vies. La redevance annuelle est acquittée en reconnaissance du droit supérieur du concédant.

1. Laurent, *op. laud.*, nos 407 et 408.

2. Anthoine de Saint-Joseph, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code civil français*, t. II, p. 375 (Paris, 1856).

Elle peut consister en argent, oiseaux domestiques, ou autres objets. Elle doit être juste ; sans cela le preneur peut invoquer la lésion. Un pareil droit n'est pas accordé au propriétaire.

L'emphytéote peut aliéner, hypothéquer son droit, mais il doit notifier préalablement son intention au propriétaire, qui doit être préféré à tout autre acquéreur, si ce n'est pour les biens de main-morte, cas auquel le droit de retrait ne peut être exercé. Le propriétaire a droit de *laudemio* en cas de mutation.

Parmi les causes d'extinction de l'emphytéose, nous mentionnons la *consolidaçao*. Elle a lieu, lorsque le preneur ne laisse aucun héritier en ligne directe ou collatérale jusqu'au cinquième degré ; s'il n'a pas disposé du bien, l'héritage revient au seigneur direct. Il en est de même si la rédevance n'a pas été payée pendant trois ans, sans juste cause, ou bien si l'emphytéote a disposé du fonds sans prévenir le propriétaire, pour lui offrir la préférence ; enfin, si l'emphytéote s'est rendu coupable de détériorations ou d'abus de jouissance.

Le droit emphytéotique doit être transcrit sur les registres fonciers (1).

§ 4. — *L'emphytéose en Espagne.*

L'emphytéose a toujours été pratiquée en Espagne. Elle confère le domaine utile du fonds. Le concédant appelé aussi crédirentier, se réserve seulement le domaine direct. Les conditions du contrat sont à peu près les mêmes que celle du Portugal. Ainsi, il y a lieu à commise pour faute de payement de la redevance pendant trois ans ; le propriétaire a le droit de *laudemium*

1. *Ann. de législ. étrang.* 1875, p. 383, et 1877, p. 611, Lefort, *op. laud.* p. 390 et suiv.

et le droit de retrait. L'emphytéote a droit de jouissance très étendu, il peut l'aliéner, il peut grever le fonds des servitudes et l'hypothéquer sans même consulter le propriétaire.

§ 5. — *L'emphytéose en Allemagne.*

Les jurisconsultes du XVIIIe siècle (1) distinguent parmi les contrats où le concessionnaire ne devient pas pleinement propriétaire, l'*erbzinslehn*, contrat mélangé de féodalité, emportant attribution du domaine utile, investiture, lods et vente, commise, etc. Ce contrat présente une grande analogie avec l'emphytéose.

En Alsace, existe une tenure appelée : *erbpacht* ou *erbleihe*, que Bitsch (2) confond avec l'emphytéose. Le preneur (*erbpachter*, *erbzinsmann*) a le domaine utile, il paye une redevance très-modique, purement recognitive de la directe, et invariable. Le preneur peut aliéner en son nom, sans qu'il ait besoin du consentement préalable du bailleur ; il encourt la commise s'il ne paye pendant trois ans la redevance. Les améliorations et les constructions faites par lui deviennent sa propriété.

En Prusse, l'emphytéose se trouve réglée par plusieurs articles du Code Frédéric de 1794 (articles 187 à 226). L'emphytéote est traité en général comme un usufruitier. Il n'a droit à aucune diminution de redevance en cas de sinistre ou de stérilité du fonds. Les règles du contrat sont celles que l'on rencontre partout. On peut remarquer cependant, que l'emphytéote ne peut sans le consentement du propriétaire changer la substance du fonds et qu'il lui est interdit d'établir des charges permanentes. Toutefois, un

1. Schilter et Müller, cités par M. Garsonnet, *op. laud.*, p. 436.
2. *De jure emponematum*, §§ 6, 12 et 13.

rescrit du 18 novembre 1802 accorde à l'emphytéote le droit d'hypothéquer le fonds sans l'autorisation du nu-propriétaire. Remarquons en outre, que l'emphytéote ne peut pas céder son droit en lui-même, et que s'il renonce à ce droit en faveur du propriétaire, il n'est pas par cela déchargé de ses obligations. L'emphytéose est soumise à l'inscription sur les registres fonciers de la loi du 5 mai 1872 (1).

§ 6. — *L'emphytéose en Autriche.*

L'histoire ancienne du droit privé autrichien se perd dans le droit germanique. Dans le XVe siècle, le droit romain, qui était usité en Allemagne dès le XIIe siècle comme droit impérial, devint d'un usage presque général, par suite de la connaissance qu'en répandirent les universités fondées en ce pays, vers le milieu du XIVe siècle. L'étude exclusive de ce droit dans les universités fit que les jurisconsnltes le considéraient comme source générale du droit commun, et peu à peu les coutumes perdirent leur autorité devant les tribunaux.

Dans les XVIe et XVIIe siècles, se formèrent les divers droits territoriaux (*landrecht*), qui comprenaient l'ensemble des droits privés, et les lois territoriales spéciales s'appliquant uniquement à certains objets du droit.

Vers le milieu du XVIIIe siècle, l'influence des idées de civilisation amena les premiers essais faits, pour remplacer les diverses sources du droit privé par des codes complets.

La Prusse ouvrit la première la voie, et de 1749 à 1752 parut le projet connu sous le nom de « *Corpus juris Fridericiani.* »

1. M. Lefort, *op. laud.*, p. 378 et suiv. ; *Ann. de législ. étrang.*, 1873, p. 208 et suiv.

Vers le même temps (1753), l'impératrice Marie-Thérèse organisa une commission législative chargée de rédiger un projet de Code civil. Ce n'est que sous le règne de Joseph II, en 1786, que parut la première partie du Code civil, comprenant le droit de famille (des personnes). Le projet fut d'abord provisoirement mis en vigueur en Gallicie, et on le communiqua aux tribunaux et universités des provinces allemandes. Le Code rédigé définitivement d'après leurs observations par le savant Président de la Faculté de droit de Vienne, M. François de Zeiller, reçut la sanction souveraine, le 7 juillet 1810. Il fut publié le 1er juillet 1811 et rendu exécutoire à partir du 1er janvier 1812.

Ce Code consacre plusieurs articles à la matière de l'emphytéose. Nous allons les parcourir successivement.

L'article 1123 porte que lorsqu'un possesseur ne fournit qu'un cens modique, dans le seul but de reconnaître le droit du propriétaire du fonds (*domaine direct*), le fonds s'appelle bien emphytéotique, et le contrat conclu à ce sujet s'appelle contrat *d'emphytéose on cens héréditaire.* En cas de doute, sur la question de savoir si un contrat est de ferme héréditaire (1) ou une emphytéose, l'article 1124 décide qu'on devra avoir égard au montant du cens annuel et aux autres charges. Si le montant du cens et des charges est en dehors de toute proportion avec les revenus nets annuels, le contrat est considéré comme une emphytéose.

Le bail emphytéotique peut s'établir non-seulement par contrat, mais aussi par prescription et par acte de dernière volonté.

Pour qu'il puisse produire des effets à l'égard des tiers, il faut que le contrat soit transcrit sur les livres ou les registres publics (art. 1126).

1. L'art. 1122 définit ainsi le contrat de ferme héréditaire : « le bail à perpétuité ou contrat de ferme héréditaire, est celui qui contient la cession de l'usufruit d'un bien fonds (*domaine utile*), à la charge de services ou de rentes en nature, ou en argent, en proportion de revenus réels.

Le bail emphytéotique emporte décomposition de la propriété en domaine direct et en domaine utile, et chaque partie peut disposer de sa part, à condition que les droits de l'autre ne soient pas lésés (art. 1127 et 363).

L'une et l'autre des parties ont la faculté d'exercer les actions tant pétitoires que possessoires, d'hypothéquer leur part et de l'aliéner par acte entre-vifs, ou par acte de dernière volonté, (art. 1128).

Le propriétaire du domaine direct est en droit d'interdire à l'emphytéote, non-seulement toute dégradation du fonds, mais encore toute modification qui pourrait rendre l'exercice de ses droits plus difficile ou impossible (art. 1129).

Il peut en conséquence exiger, que l'emphytéote prenne soin de la conservation et de la culture du fonds. Si celui-ci néglige l'accomplissement de ses devoirs, nonobstant l'invitation qui lui en a été faite; ou, s'il est incapable de supporter les charges qui pèsent sur le fonds, le bailleur est en mesure d'exiger la cession du fonds à d'autres censitaires (art. 1130).

L'emphytéote doit payer une redevance annuelle en argent, fruits ou autres prestations stipulées, qui ne peuvent sous aucun prétexte être augmentées (art. 1131). Si rien n'a été convenu, ni déterminé par les lois provinciales, la redevance annuelle doit être acquittée dans la première quinzaine du mois de novembre (art. 1132).

L'emphytéote, à la différence du fermier héréditaire, n'a droit à aucune remise du canon si par suite d'un cas fortuit il n'a pu jouir du bien affermé (art. 1133); il est tenu de le payer régulièrement tant qu'une partie du fonds existe (art. 1134), sous peine de saisie des fruits (art. 1135).

Le propriétaire du domaine direct est garant de l'éviction et de tous troubles apportés aux droits cédés à l'emphytéote. Il est tenu en outre, en cas où le fond emphytéotique viendrait à faire

retour à la propriété, d'indemniser l'emphytéote ou ses successeurs des améliorations effectuées, comme à tout autre possesseur de bonne foi, et en outre, de répondre de l'exactitude des livres et registres authentiques qu'il tient pour ses biens soumis à cens (art. 1137). L'emphytéote peut disposer de son droit sans le consentement du propriétaire direct ; il doit cependant lui faire connaître son successeur, afin qu'il juge s'il est capable d'administrer le bien et de supporter les charges qui le grèvent. Le propriétaire direct n'a en principe aucun droit de préemption ou de préférence (art. 1140), sauf s'il s'est expressément réservé ces droits et ce consentement ; en pareille circonstance, il a pour faire connaître sa volonté trente jours, à partir de la notification qui doit toujours lui être faite. Passé ce délai, son consentement est censé avoir été donné.

Même lorsqu'il ne veut pas exercer son droit de préemption ou de retrait, le propriétaire direct ne peut refuser son consentement que dans le cas où il y a danger évident pour le fonds ou pour les droits qui y sont attachés (art. 1141). Si l'emphytéote dispose de son droit, il y a lieu à la perception d'un droit de mutation au profit du propriétaire ; ce droit s'appelle *laudemium* en cas d'aliénation entre-vifs, et de cens à cause de mort en cas de transmission par décès (art. 1142). Les règles concernant la jouissance sont les mêmes que celles que nous connaissons déjà.

Remarquons que l'emphytéote a droit également à une part proportionnelle dans le trésor que l'on découvre (art. 1143). A cet égard, l'article 399, dispose que le tiers de tout trésor est attribué à l'État. Les deux autres tiers sont distribués par égales portions, l'un à l'inventeur et l'autre au propriétaire du fonds. Si la propriété du fonds est divisée, ce tiers revient par égales portions au propriétaire direct et au propriétaire utile. Si donc l'emphytéote n'est pas l'inventeur, il n'a droit qu'à une sixième partie du trésor. L'article 1143 lui accorde même le droit de diminuer

la substance du fonds, lorsqu'il peut prouver au bailleur que l'on ne saurait autrement se servir du fonds.

L'emphytéote supporte toutes les charges ordinaires et extraordinaires inhérentes au fonds ; il paye les taxes, les dîmes et autres impôts spécialement indiqués. Le bailleur ne répond que des charges qui pèsent sur le cens (art. 1144).

Tout nouvel emphytéote est tenu, en général, de se faire délivrer par le propriétaire un acte de reconnaissance, ou un titre constatant le renouvellement de la propriété utile (art. 1144).

Le bail emphytéotique est transmissible à tous les héritiers de l'emphytéote, qui n'ont pas été expressément exclus. Si l'emphytéote meurt sans successeurs légitimes, l'usufruit fait retour à la propriété, avec charge toutefois pour le propriétaire d'acquitter toutes les dettes de l'emphytéote que le surplus des biens de celui-ci, ne suffirait pas à éteindre (art. 1149).

L'emphytéote prend fin en outre : par la perte totale du fonds (art. 349). Si la perte n'est que partielle, le contrat n'en subsiste pas moins sur ce qui en reste (art. 1133 et 1134). Par la disposition de la loi, et spécialement, par la prescription (art. 1478 et suiv.). Par la renonciation, soit du propriétaire à son droit de propriété, soit de l'emphytéote à son droit emphytéotique (art. 444, 1444, 1128). Enfin, par la déchéance encourue pour l'inaccomplissement de l'obligation de conserver et de cultiver le fonds (art. 1130). Il est à remarquer toutefois, qu'à l'égard des tiers, l'emphytéose n'est réellement éteinte, que si on a opéré la radiation de l'inscription du contrat sur les registres publics (art. 444).

DROIT ROUMAIN

L'EMPHYTÉOSE EN ROUMANIE

MÉTHODE A SUIVRE DANS CETTE PARTIE DE NOTRE ÉTUDE.

Il nous semble indispensable, avant d'aborder directement l'examen de l'emphytéose en Roumanie, de donner quelques notions historiques sur les différentes législations qui s'y sont succédé, depuis la colonisation de la Dacie par l'empereur Trajan, jusqu'à nos jours. Ce sera l'objet d'un premier chapitre.

L'emphytéose, présentant de grandes affinités avec le colonat, il nous a paru que nous rendrions notre travail à la fois plus complet et plus intéressant, en traçant un rapide aperçu sur la condition des colons dans les derniers temps, avant l'abolition du servage. En même temps, nous indiquerons aussi brièvement que possible la condition des terres et des personnes. Ce sera l'objet d'un second chapitre.

Ce n'est qu'après toutes ces notions préliminaires, que nous aborderons directement la matière de l'emphytéose. Nous examinerons successivement dans trois chapitres différents, la théorie de l'emphytéose d'après le Code Calimaki, d'après le Code Caragea, et enfin les dispositions du Code civil actuel.

La tâche et la responsabilité que nous nous assumons, sont vraiment des plus lourdes, et il nous a fallu beaucoup de courage, pour oser l'entreprendre, car, presque toutes ces matières n'ont pas encore été traitées ; la littérature juridique, nous sommes forcé de l'avouer, étant encore à peine née en Roumanie. C'est pourquoi, nous avons compté sur l'indulgence des gens compétents, plus que sur nos propres forces.

CHAPITRE I

NOTIONS HISTORIQUES SUR LE DROIT ROUMAIN

§ 1.

La Roumanie ne possède pas encore une histoire des différentes législations qui se sont succédé, depuis l'établissement des colonies romaines sur le territoire de la Dacie, jusqu'à nos jours. Nous n'entendons pas en effet, par histoire, un tableau aride de lois classées par ordre chronologique. De même que l'histoire générale est devenue d'après la nouvelle école historique, la science de la vie des sociétés : race, mœurs, climat, guerres, institutions, mouvements scientifiques, littéraires, artistiques et économiques; l'histoire du droit est devenue l'histoire du droit général et de ses monuments, des idées philosophiques, politiques et économiques, qui dominent une législation et qui expliquent les transformations successives, qui l'ont fait aboutir à son état actuel.

L'absence d'une histoire du droit roumain s'explique naturellement, par l'absence d'une véritable histoire du peuple roumain. Celle-ci est en voie de formation, grâce aux historiens que possède la Roumanie. Il faut espérer, que le progrès de l'une nous dotera de l'autre; car l'histoire générale est comme un souffle vital qui anime le droit.

Montesquieu a dit : « Il faut éclairer les lois par l'histoire, » et, un excellent professeur et jurisconsulte français, M. Ortolan (1),

1. *Histoire de la législation romaine*, préface. Au nom de M. Ortolan

a traduit heureusement la même pensée dans cette mémorable phrase : « Tout historien devrait être jurisconsulte, tout jurisconsulte devrait être historien. »

Voilà la devise qu'on suit en France.

De nos jours, grâce aux soins des savants infatigables qui veillent sur les destinées des Facultés de Droit de France, des réformes importantes ont eu lieu, dans un sens favorable au développement plus rapide du goût des études juridiques-historiques ; et, ils ne tarderont certainement pas, à produire les plus heureux résultats.

La Roumanie, elle aussi, se ressentira des réformes accomplies dans un Etat, où la jeunesse roumaine depuis près d'un demi siècle accourt en masse, pour recevoir la lumière : l'*Instruction*.

§ 2.

Nous distinguons dans l'histoire du droit roumain, trois périodes, d'après les différentes législations qui ont été transplantées à diverses époques sur le sol de la Roumanie.

La première période, comprend l'intervalle qui sépare la conquête de la Dacie de la fondation des Principautés Danubiennes : la Moldavie et la Valachie (du IIe siècle, jusqu'au XIIIe siècle). C'est la période *du droit classique romain et coutumier*.

La seconde période, comprend l'intervalle qui sépare la fondation des principautés et la promulgation du Code civil actuel, (du XIIIe siècle jusqu'au XIXe siècle). C'est la période du *droit byzantin ou greco-romain et des codifications nationales*.

La troisième période, à partir de l'année 1865, époque de la

nous devons ajouter celui de M. Ch. Giraud, le très regretté inspecteur général des Facultés de Droit de France, qui, par ses savantes œuvres, a tant contribué au développement de la littérature historique et juridique.

mise en vigueur du Code civil actuel, jusqu'à présent. C'est la période *du droit français*.

§ 3.

Première période. — Lorsque les légions victorieuses de l'empereur Trajan, transformèrent vers l'an 106 de l'ère chrétienne en province romaine, sous le nom de « Dacie », les pays compris entre le Thyras, la Theiss, l'Ister et les Carpathes, — Rome, avec ses colonies, ses institutions, sa langue, y établit ses lois.

Bien que placées sur le chemin des grandes émigrations des barbares, qui, détachés du gigantesque tronc asiatique, furent reversés comme un déluge des contrées du Caucase sur le monde romain, — les colonies de la Dacie survécurent aux invasions et conservèrent à travers les siècles leurs mœurs, leurs institutions et leurs lois. Un idiome qui est exactement le même que celui que parlaient les contemporains de Trajan, s'entend des deux côtés du Danube, et toute une nation de plus de dix millions d'hommes, en dépit de toutes les contestations intéressées des Allemands et des Slaves, est et veut rester latine de cœur comme de sang.

Le droit romain, à l'époque de la conquête, se composait principalement des constitutions impériales (*edicta*, *mandata*, *rescripta*, *decreta*), des sénatus-consultes, des Edits des magistrats (*edicta perpetua*), et des œuvres des jurisconsultes.

Les colonies romaines, constituées à l'image de la mère patrie, admises pour la population et pour le sol à la participation entière du droit de cité romaine, au moins dans l'ordre privé, sinon dans l'ordre politique, filles de Rome, en un mot, n'ont pas cessé de suivre ses lois.

La population indigène a dû subir la loi du vainqueur ; en conséquence, il faut consulter la *lex*, la *formula provinciæ*, pour connaître la condition des vaincus.

Ce que nous pouvons affirmer avec certitude, c'est que, suivant le principe du droit de conquête chez les Romains, la propriété du sol provincial a dû passer au *populus romanus*; les anciens propriétaires devenant simples possesseurs, à la charge de payer un tribut annuel (*vectigal*) en reconnaissance du domaine éminent retenu en principe par l'État (1).

On peut ajouter, que la Dacie étant placée sous la domination directe de Rome et gouvernée par des magistrats romains, c'est le droit romain qui a dû être appliqué, non-seulement aux rapports des Romains entre eux ou avec les pérégrins, mais même aux pérégrins entre eux.

L'*edictum provinciale* de la Dacie a dû être en général, la copie de l'édit des Préteurs de Rome. Peut-être, y a-t-il eu aussi un *jus provinciale*, c'est-à-dire, l'application des lois, des coutumes, que les Romains avaient trouvées en vigueur lors de la conquête et qu'ils avaient laissé subsister. C'est là cependant un point plus que douteux (3).

Cet état de choses dura jusqu'à ce que l'empire romain lassé et affaibli par les assauts répétés des barbares, qui à chaque invasion nouvelle apportaient plus d'audace, plus de force, se détermina à abandonner la province conquise.

C'est ce que fit l'empereur Aurélien vers la fin du IIIe siècle (l'an 274). Les habitants furent en partie transportés sur la rive droite du Danube, en Mœsie, qu'on appelle aussi : la Dacie Aurélienne; mais la grande majorité resta sur le sol où ils avaient vu la lumière, où étaient les tombeaux de leurs aïeux, où les intérêts et l'affection les retenaient attachés.

1. Voir sur la condition du ***provinciale solum***, ce que nous avons dit dans la 1re partie du droit romain de notre étude.

2. Nous espérons que l'on nous pardonnera de recourir quelquefois à des conjectures, si l'on considère combien cette matière a été peu étudiée et éclaircie jusqu'à présent.

Bien qu'abandonnés aux incursions des Barbares, les habitants de la Dacie-Trajanne n'eurent pas trop à souffrir, car les Barbares ne les traitaient pas en ennemis, et leur séjour étant éphémère, ils ne voulurent, ni ne purent imposer leurs lois ou leurs coutumes à ceux qui leur donnaient l'*hospitalitas*.

Mais le droit écrit romain tomba évidemment en désuétude, pour faire place au droit coutumier, qui, dans sa substance au moins, a dû conserver les caractères romains.

Il va sans dire que, dans cette période, la Dacie-Trajanne a été étrangère au Code Théodosien, publié en 438 en Orient, et nous en disons autant des Codes de Justinien de 529 et 534.

§ 4.

Deuxième période. — Pendant le xe et le xie siècle, les Roumains, alliés aux Bulgares, ont fondé aux pieds de l'Hémus un Empire, qui mit à deux doigts de sa perte l'Empire byzantin.

Vers la fin du xiiie siècle, le prince Radu Negru fonda la principauté de Valachie (*Muntenia*), et vers la moitié du xive siècle, le prince Bogdan Dragos fonda la principauté de Moldavie (*Moldova*).

C'est à partir de cette époque que commence l'histoire proprement dite de ces deux États indépendants, qui constituent aujourd'hui le royaume de Roumanie.

Jusqu'au xve siècle en Moldavie et jusqu'au xviie siècle en Valachie, nous ne trouvons aucune codification des lois ; le droit existait à l'état de coutume non écrite.

Il est plus que probable, que les ordonnances, les chrysobulles des princes, ont réglementé beaucoup des matières de droit ; mais malheureusement nous n'en possédons aucun vestige, de sorte que nous sommes réduits à de pures conjectures.

Mais, ce que nous pouvons affirmer, c'est que le droit byzantin à cette époque, n'était pas inconnu aux Roumains de la rive gauche du Danube. En contact journalier avec leurs frères de la rive droite du grand fleuve, ils ont été à même de connaître et d'adopter de bonne heure cette législation.

Voyons d'abord, en quoi consistait le droit greco-romain, et dans quelles œuvres législatives et doctrinales il avait trouvé son expression.

Avec le règne d'Alexandre Sévère, fut close la liste de ces hommes illustres, dont les œuvres ont donné tant d'éclat à la jurisprudence romaine.

La langue latine ayant été bannie par la langue grecque, les vices et la corruption ayant pénétré jusqu'à la moelle les habitants de l'Empire, la science juridique déchue et obscurcie, avait grand besoin d'être recueillie et coordonnée. Justinien se chargea de la besogne, et on connaît assez ses compilations, qui à ce titre, surtout, lui font le plus grand honneur.

L'œuvre législative de ce prince fut jusque vers la fin du XIIe siècle, au moins nominalement, le droit de l'Empire.

Mais, elle avait subi de graves transformations par les travaux législatifs des successeurs de Justinien, de sorte qu'en fait, elle se trouva graduellement supplantée et définitivement abrogée, sans qu'aucun acte législatif en eût prononcé l'abrogation.

Voici les principales œuvres législatives des jurisconsultes byzantins.

Les empereurs Léon III l'Isaurien et son fils Constantin Copronyme, qui régnèrent ensemble de 720 à 741, publièrent en 740 un abrégé de la législation de Justinien, connu sous le nom de *Ecloga legum*, dans lequel, les parties qui se rapportent au droit de famille ont subi des changements notables.

L'empereur Basile le Macédonien publia en 870 une espèce d'Institutes, sous le titre de : Ὁ Πρόχειρος νόμος, το Προχειρον (*Manuale*

juris). Une nouvelle édition augmentée et révisée fut publiée entre 879 et 886, sous le titre d'Ἐπαναγωγὴ τοῦ νόμου (*repetita prælectio legis*).

Léon VI, dit le Philosophe, promulgua entre 888 et 892, d'après les uns (1), entre 906 et 911 d'après les autres (2), car il y a grande incertitude sur ce point, la fameuse compilation, dont le titre primitif était celui qu'avait adopté son père Basile, pour le travail qu'il avait lui-même projeté et commencé à exécuter : *Repurgatio veterum legum* ». Cette œuvre est restée connue sous le nom de *Basiliques* (*Basilicæ*, quelquefois *Basilicus*). Cette dénomination est entrée en usage plus probablement, pour désigner : *Constitutions impériales* (*imperatoriæ constitutiones*, Βασιλικαὶ Διατάξεις), que pour honorer le nom de l'empereur Basile, à qui était due l'initiative de ce recueil.

Les Basiliques sont divisées en six parties et contiennent soixante livres (de là : τὸ ἑξήκοντα βιβλον), suivant à peu près l'ordre du Code de Justinien.

Cet ouvrage reproduit en très-grande partie la collection de Justinien ; il s'en distingue cependant, en ce que les Institutes, le Digeste, le Code, les Novelles y sont amalgamés en général, de telle sorte, que les fragments empruntés à ces quatre recueils sont classés sous un seul et même titre, et eu égard à la règle : *lex posterior derogat priori*. En réalité, ce sont les ouvrages grecs des jurisconsultes du VIe siècle, un peu postérieurs à la compilation de Justinien, qui ont été mis à contribution, comme le démontre l'addition des fragments de ces jurisconsultes, qu'on y trouve sous forme de notes ou de commentaires : *scholia*. A ces scolies, qu'on a appelées *les Antiques*, sont venues se joindre

1. Alph. Rivière. *Introd. hist. au dr. rom.*, § 208, p. 547.
2. Ortolan. *Op. laud.*, p. 487.

d'autres, notes émanées des jurisconsultes postérieurs aux Basiliques : ce sont les *scolies* proprement dites (1).

Les Basiliques n'ont pas été promulguées à titre des lois abrogeant la législation antérieure ; ce n'est qu'à la fin du XIIe siècle qu'elles ont évincé en Orient, les Codes de Justinien (2).

Les travaux législatifs des emperenrs réveillèrent le goût des études juridiques ; des jurisconsultes se formèrent, qui écrivirent soit pour les commenter, soit pour les accommoder à l'usage pratique et aux modifications secondaires, qui survinrent d'époque à époque.

La liste des jurisconsultes et de leurs ouvrage est grande, nous ne citerons que pour mémoire : Les cinq scoliastes : Jean Nomophylax et Calocyrus Sextus (du XIe siècle), Constantin de Nicée, Grégoire Doxapater et Hagiothéodorite (XIIe siècle). Michel Attalensis, qui, vers 1072 composa sous le titre de Πόνημα ou Ποίημα νομικὸν, un extrait succinct des Basiliques. Deux abrégés des Basiliques : *Synopsis major* (fin du Xe siècle) et *Synopsis minor* (entre 1222 et 1225), dont les auteurs nous sont inconnus. L'*Epitome legum* (920), l'*ecloga ad Prochiron mutata* (Xe siècle) l'*Epanagoge aucta* (XIe siècle), le *Prochiron auctum* (XIVe siècle). La *Synopsis legum* de Michel Constantin Psellus, en vers iambiques et politiques, (vers la moitié du XIe siècle).

Le moine Mathieu Blastarès, composa vers 1335 un Manuel par ordre alphabétique du droit civil et canonique : *Syntagma canonum atque legum*. Il y a aussi de nombreux recueils du droit canonique byzantin. Nous ne citerons que le *Nomocanon* de

1. Les *scolies* sont des annotations qui entourent le texte (*capitula*) des Basiliques, comme les *glosses* des Glossateurs entourent le texte des recueils de Justinien.

2. On doit à M. E. Heimbach, la plus complète et la plus savante édition des Basiliques. Six tomes in-quarto. Leipzig, 1833-1870.

Jean d'Antioche, dit le *Scolastique*, contemporain de Justinien et de Photius, le célèbre patriarche de Constantinople, et le *Syntagma canonum*. Ces recueils ont eu comme annotateurs et abréviateurs, Zonaras, Balsamon, Blastarès et Harménopoulos. Enfin, le *Manuale legum*, *Promptuarium juris civilis* (Πρόχειρον νόμον τὸ λεγόμενον ἡ ἑξάβιβλος) en six livres et quatre-vingt-trois titres, rédigé par Constantin Harmenopoulos, nomophylace et juge suprême à Salonique, vers 1345. Le *Promptuarium* est fort remarquable, sinon par sa valeur intrinsèque, du moins par sa date et par le grand rôle qu'il a joué dans la législation de l'Orient. C'est une composition méthodique et très-claire tirée du *Prochiron*, des deux Synopsis : *major et minor*, de l'*Ecloga* de Léon l'Isaurien et autres ouvrages, le tout mis en rapport avec l'état de la jurisprudence en vigueur.

Ce manuel obtint un crédit très-considérable surtout en Grèce, où il a conservé le droit romain sous la domination turque. Par une ordonnance de 1835, on lui a reconnu même une autorité égale à celle de la loi. Il sert même aujourd'hui aux juges comme livre de consultation.

Les différentes constitutions et novelles impériales, ainsi que les livres de jurisprudence, furent écrits en langue grecque, car on avait abandonné complètement la langue classique du droit, ce qui contribua toujours davantage à corrompre l'originalité de la législation romaine (1).

Tel était l'état de la législation greco-romaine, et de ses monu-

1. Consultez sur cette matière : C. E. Zachariæ (de Ligenthal) : *Historiæ juris græco-romani delineatio*, Heidelberg. 1839. J. A. Montreuil, *Histoire du droit byzantin*, Paris, 1843-1846. — E. Heimbach, *Historia jurisprudentiæ civilis in imperio orientali a Justiniano usque ad Basilium Macedonem*, Leipzig, 1870. — Alph. Rivier, *Introduction historique au droit romain*, § 208-211, pages 546 sq. Maynz, *Cours de droit romain*, nos 248 et 249, édit. 4e, Bruxelles. Ortolan, *Histoire de la législation romaine*, t. I, p. 479 seq.

ments juridiques, lorsque les coups terribles de Mahomet II effacèrent les derniers débris de l'Empire d'Orient (1453). Les vaincus continuèrent toutefois à jouir de leurs lois, sous la domination turque.

La Moldavie et la Valachie eurent à soutenir de longues luttes contre le fanatisme de l'Islam; elles servirent de sentinelle avancée à l'Europe chrétienne. Lorsqu'épuisées par les guerres trop fréquentes avec les Polonais, les Hongrois, les Tartares et les Turcs, elles se placèrent sous la suzeraineté de la Porte, elles conservèrent leur autonomie et toutes leur institutions.

Les Basiliques, ainsi que les livres les plus importants de la jurisprudence greco-romaine, ont pénétré de bonne heure en Moldavie et en Valachie. Les uns prétendent, que les Basiliques ont été introduites par le haut clergé venu de Byzance, d'autres pensent, qu'elles sont venues lors de la formation de l'empire roumano-bulgare.

Quoi qu'il en soit, le droit byzantin ne pouvait être que le bien venu, à une époque où il n'y avait pas de droit écrit, où les coutumes des deux pays n'étaient pas recueillies et constatées, où les juges se trouvaient libres de juger d'après leur conscience.

Au xve siècle le prince Alexandre le Bon (1400 à 1432), qui se trouvait en bonnes relations avec l'empereur de Byzance Jean Paléologue, fit venir en Moldavie des professeurs grecs, et fonda une Université à Suceava (1), sa capitale, dans laquelle on enseignait les Basiliques. En même temps, il eut l'idée heureuse de doter le pays d'une codification de lois.

A ces fins, il fit rédiger en langue roumaine un recueil des coutumes du pays et des lois extraites des Basiliques.

Ce Code resta en vigueur jusqu'au xviie siècle, mais malheureusement son texte est perdu, il ne nous en reste que le souvenir

1. Plus tard, l'Université roumaine de Cotnari jouit d'une grande réputation en Orient.

transmis par la chronique du prince Demètre Cantemir, par quelques sentences judiciaires et autres documents.

On sait aussi, qu'il avait été rédigé d'après le commentaire du *Nomocanon*, de Théodore Balsamon, nomophylace et cartophylace.

L'œuvre d'Alexandre le Bon était tombée en désuétude complète, lorsque Basile le Loup monta sur le trône de Moldavie, la nécessité d'un nouveau Code se faisait sentir impérieusement. Sur les instances d'Eustrate le Logothète, le prince fit rédiger en roumain un recueil de lois extraites toujours des Basiliques, et en outre, du Code Alexandre le Bon. Le Code fut imprimé dans l'année 1646, à l'imprimerie fondée par le prince lui-même, il est intitulé : « Livre roumain d'enseignement des lois impériales et autres maximes de droit, traduit de plusieurs ouvrages grecs, sur l'ordre et aux frais du prince de Moldavie, Basile. » Il comprend des dispositions relatives à la police rurale, au droit civil, et surtout au droit criminel. Il resta en vigueur jusqu'au commencement du XVIIIe siècle.

La nécessité d'une codification des lois n'était pas moins sentie en Valachie. Au XVIIe siècle, le prince Mathieu Bassarabe, le rival et le contemporain de Basile le Loup, — après avoir doté le pays d'écoles, de bibliothèques, imprimeries et autres institutions utiles, — ordonna une compilation des recueils de jurisconsultes grecs : Manuel Malaxus, Alexis Aristène et d'autres. Le travail fut publié en langue roumaine, par les soins du Métropolitain Étienne, en 1652, à Tergowischt la capitale, sous le titre : « Rectification de la loi avec l'aide de Dieu, qui seul a le pouvoir épiscopal et impérial de juger toutes les fautes des clercs et des laïques. » Une traduction latine en a paru en 1722. Il se compose de six cent dix-sept chefs ou articles ; il traite des matières de droit canonique, de droit administratif, de droit pénal et de droit civil.

A partir de la deuxième décade du XVIIIe siècle commence l'époque de décadence des deux Etats roumains. Complètement abandonnés à l'administration marâtre, avide et rapace de princes Phanariotes, ils n'avaient plus de lois, le caprice et l'arbitraire servaient de Code et ne demandaient que des victimes.

« Les lois, dit M. Constantin Negrutzi (1), en rapportant les expressions du philosophe grec Anaxarque, étaient devenues comme la toile de l'araignée, dans laquelle les petites mouches se prennent tandis que les grosses la percent.

« Le grand Logothète décidait suivant son caprice et ses dispositions, et si le réclamant en appelait au Divan (Haute-Cour de Justice), le Divan sous la présidence du prince, qui ne comprenait ni la langue, ni les coutumes du pays, décidait de la même manière que le Logothète; le réclamant n'obtenait rien autre chose : qu'une augmentation de dépenses et la perte de son temps. Il rentrait chez lui, les larmes aux yeux, les titres dans son sein, ne conservant que l'espérance d'obtenir gain de cause à l'avènement du Prince futur ; car, il faut observer, que les procès ressemblaient à la toile de Pénélope, ils ne prenaient pas de fin, au contraire, ils se compliquaient et se renouvelaient de prince en prince, et les princes changeaient souvent : par suite de destitution ou de pendaison ! »

Cet état déplorable dura près d'un siècle, jusqu'en 1821, quand les deux principautés revendiquèrent leur droit d'avoir des princes roumains.

Les abus étaient devenus tellement criants, que les princes phanariotes eux-mêmes s'en étaient effrayés, et avaient commencé d'avoir quelque compassion pour le peuple spolié et humilié.

En effet, le prince de Valachie Alexandre Ypsilanti, rédigea

1. Préface à la *Collection des lois Impériales* d'Andronache Donici (Jassi, 1858, 4e édit.).

en langue grecque un Code, d'après les Basiliques, le *Promptuarium* d'Harménopoulos et les coutumes du pays. Selon l'ordonnance de promulgation, ce Code a été fait dans la sixième année de son règne, c'est-à-dire en 1780. On ignore la date de la traduction roumaine. Il contient des dispositions relatives à l'organisation judiciaire et à la procédure, aux rapports entre les propriétaires des biens-fonds et les habitants, et enfin aux matières de droit civil.

Le travail législatif de ce prince n'est pas borné à ce Code, comme on le croit encore. Nous en trouvons la preuve évidente, dans ce Code même. En effet, l'article 2 du titre : « *Du troisième département des crimes* » prescrit aux juges de juger d'après les lois impériales, que le prince « a fait traduire en roumain et qui composent un manuel à part (*Syntagmantion*). »

De même, l'article 2 du titre : « *Des juges des Districts* », dispose : « Les contestations en matière civile des paysans doivent être jugées d'après les coutumes du pays et les lois établies à présent. Mais les procès relatifs aux affaires rurales, doivent être jugés d'après les lois établies pour les agriculteurs, lesquelles aussi ont été traduites en roumain, en même temps que ce Code. »

Nous ignorons si l'État possède dans ses archives (d'ailleurs fort peu fouillées), ces monuments législatifs. Ce que nous pouvons conjecturer pour le moment, c'est que les lois auxquelles le prince Ypsilanty fait allusion dans ce dernier article, doivent être probablement les *leges rusticæ* ou νόμος γεωργικὸς du Bas-Empire, que Harménopoulos a annexé à son manuel à titre d'appendice.

Le prince Alexandre Moruzi eut l'intention de doter, lui aussi, la Moldavie, d'un Code, et à cette fin chargea le *Pacharnic* Thomas Cara, de traduire en langue grecque vulgaire le *Promptuarium* d'Harmenopoulos. Le travail fut terminé en 1804 ; mais on s'aperçut ensuite, que c'est d'après les Basiliques et non pas

d'après le *Promptuarium* que la justice se rendait dans le pays, et que l'application du manuel d'Harmenopoulos était trop difficile. Moruzi chargea le même Thomas Cara de faire une collection des lois des Basiliques et des autres Codes, qui avaient cours en Valachie ; mais la mort de Cara empêcha l'accomplissement du vœu du prince.

La nécessité d'un Code de lois se faisait sentir très-vivement en Moldavie, lorsqu'apparut en 1814 la *Collection abréviative des lois impériales* (Basiliques) du Logothète Andronache Donici. Cet ouvrage, écrit en roumain, obtint immédiatement un crédit considérable et bien mérité. C'est d'après lui que les juges rendirent leurs sentences jusqu'à la promulgation du Code Calimaki, il a servi comme livre de consultation même sous l'empire de ce Code.

Tel était l'état de la législation dans les deux principautés roumaines jusqu'en 1817.

A partir de cette époque, une nouvelle ère juridique commence. La nécessité de bonnes lois croissait graduellement avec la multiplicité de relations avec les États voisins.

Le Code autrichien de 1811 promulgué par François Ier, remplit d'admiration et inspira le goût de codification aux princes roumains Charles Calimaki de Moldavie et Jean G. Caragea de Valachie. En 1817 les deux Etats furent dotés chacun d'un Code.

Le Code Calimaki fut élaboré par une commission (1) et publié sous le titre : Κῶδιξ πολιτικός (1816). C'est une œuvre législative d'une importance très-considérable. Il avait le grave défaut d'avoir été rédigé en grec, langue que les Roumains non-seulement ne connaissaient pas, mais encore haïssaient.

C'est pour cette raison là, que le Code avait commencé à tomber

1. Nous regrettons que les noms des membres de cette commission soient restés inconnus jusqu'à présent.

en désuétude, lorsque le logothète C. Sturza (ministre de la Justice) institua une commission composée de Pierre Asachi le président du tribunal de Botosani, et des jurisconsultes de l'État Christian Flehtenmaher et Damaskin Bojinca, qui, sous sa surveillance, accomplit l'œuvre de traduction dans la langue nationale, en 1833.

D'après l'ordonnance de promulgation du Code Calimaki, les sources auxquelles les rédacteurs ont puisé seraient, les lois impériales, les coutumes du pays, les différentes lois et décrets antérieurs, et enfin les législations européennes pour certaines matières.

Mais la vérité est que le Code autrichien a été mis à contribution, de telle manière, que nous nous croyons autorisé à affirmer qu'il s'y trouve en grande partie fondu. Le Code Calimaki lui ressemble, non-seulement par l'ordre dans lequel les matières sont traitées, mais par les matières elles-mêmes, dont une partie considérable n'en est que la traduction. Il serait cependant inexact de croire que le Code roumain n'en est qu'une imitation. Il contient dans ces 2032 articles (1), des matières empruntées directement aux Basiliques, au droit coutumier national, et aux autres Codes et actes législatifs du pays. C'est une œuvre législative qui surpasse par sa valeur intrinsèque et extrinsèque, toutes celles qui l'ont précédé, tant en Moldavie qu'en Valachie. Il est à regretter, ce nous semble, que les rédacteurs du Code civil de 1864, n'aient pas su en tirer profit, en tenant plus de compte de la législation qu'ils venaient d'abroger.

Ce n'est pas seulement en Moldavie que ce Code avait gagné l'estime générale, mais même à l'étranger. M. C. E.

1. Beaucoup d'articles du Code Autrichien se trouvent dans le Code Calimaki décomposés en un plus grand nombre d'articles, ce qui a contribué à grossir considérablement le nombre total des articles du Code roumain. — Le Code Autrichien ne contient que 1502 articles.

Zachariæ de Ligenthal, a fait à ce propos les réflexions suivantes : « Ce Code (Calimaki) est fort bien conçu et se recommande « par excellence, par cela qu'il n'est pas une œuvre de théories « abstraites. Il se rattache au droit byzantin et représente, en « même temps, la codification du droit traditionnel. Il est à « regretter qu'on n'ait pas connu ce Code en Grèce, à l'époque de « la déclaration de l'indépendance. On aurait agi d'une manière « plus pratique, en imitant ce droit là, au lieu de reconnaître force « de loi, à des lois byzantines, telles qu'elles se trouvent dans « Harménopoulos (1). »

Le Code Calimaki est resté en vigueur jusqu'au 1er décembre 1865, époque de la mise en vigueur du Code civil actuel.

Le prince de Valachie, Jean Caragea, ne se laissa pas devancer par son collègue Calimaki, et promulgua lui aussi en 1817 un Code rédigé en langue grecque, qui fut imprimé à Vienne en 1818 sous le titre : Νομοθεσια (*Legiuirea*). Il est divisé en sept parties, dont les quatre premières sont relatives au droit privé, la cinquième partie au droit pénal, et la sixième à la procédure civile et criminelle (2).

L'ordonnance de promulgation dit, que le nouveau Code s'est inspiré des lois impériales usitées dans le pays, et du droit coutumier national ; elle ajoute qu'on a introduit aussi des innovations.

Il est intéressant de lire cette ordonnance, ainsi que celle du Code Alexandre Ypsilanty ; par leur rapprochement, on peut avoir une idée de la situation déplorable dans laquelle se trouvait la justice du pays. Le Code Caragea est moins byzantin que le Code Calimaki, auquel sous beaucoup de rapports il est inférieur, mais il est supérieur à tous les Codes précédents de Valachie. Il resta en vigueur jusqu'en 1865.

1. Ch. Ed. Zachariæ, *Histoire du droit greco-romain* (Berlin, 1877), p. 160.
2 La partie qui traite du droit pénal fut abrogée par le Code pénal de 1852.

§ 5

Troisième période. — En vertu du traité de Paris du 30 mars 1856, les principautés danubiennes : la Moldavie et la Valachie, cessaient d'être spécialement sous le protectorat de la Russie, et passaient sous celui de toutes les grandes puissances européennes. Les conventions particulières à ces principautés, établissaient qu'elles se donneraient un gouvernement constitutionnel, composé d'un prince, d'un ministère spécial pour chaque état, d'une assemblée élective et de plus, d'une commission centrale qui devait siéger à Focsani, ville située sur la frontière des deux principautés.

En 1859, les principautés appelées à élire leurs princes, choisirent l'une et l'autre, le colonel Couza, qui régna sept ans sous le nom d'Alexandre-Jean Ier; elles formèrent ainsi les Principautés-Unies-Roumaines. L'union des deux états fut ensuite consolidée par la suppression de la commission centrale, et elles prirent un nom commun, celui de : *Roumanie* ; elles eurent une seule assemblée et un seul ministère. La France, fut une des premières puissances qui reconnurent cet état de choses, ratifié plus tard, en 1866, par les puissances signataires du traité de Paris.

C'est ainsi que s'opéra définitivement la fusion de la Moldavie et de la Valachie en une seule Roumanie, une et indivisible. Les roumains virent se réaliser leur plus grande aspiration nationale, et le nouvel État établit sur de nouvelles bases, ne tarda pas à recueillir les fruits de la maxime : « l'Union fait la force ». — Lorsque la guerre Russo-Turque éclata en 1877, la Roumanie se déclara indépendante, et poussée par les circonstances à participer au siège de Plewna, consacra par la bravoure et le sang de

ses soldats, l'état de choses, qui fut ratifié ensuite par le Traité de Berlin de 1878. En 1881, la Roumanie s'est élevée au rang de Royaume.

En 1864, la Roumanie ne jouissait pas encore d'une législation uniforme. Le prince Alexandre-Jean comprit qu'un coup d'État pourrait seul lui permettre d'accomplir, et sans retard, les nombreuses et grandes réformes dont le pays avait un indispensable besoin. Il le fit le 2 mai 1864. Le prince promulgua une série des Codes ; le Code civil (1), le Code de procédure civile, le Code pénal et le Code procédure pénale (2), tous élaborés à la hâte, par des commissions de rédaction.

Le Code civil est une imitation du Code civil français de 1804.

Le Code pénal et le Code d'instruction criminelle sont également calqués sur les Codes français.

Le Code de procédure civile s'écarte du Code français, sur des points si nombreux et si importants, qu'on peut dire, qu'il est l'œuvre la plus originale de la commission ; bien qu'il reproduise un nombre considérable de dispositions empruntées à la procédure civile du canton de Genève. On n'a qu'à se féliciter du procédé de la commission.

Le Code civil actuel est, avons-nous dit, une imitation du Code civil français. Cependant, pour être juste, il faut ajouter, que les rédacteurs roumains ne l'ont pas reproduit aussi servilement que l'on pourrait le croire. Ils ont comblé beaucoup de lacunes ; ils

1. Promulgué le 4 décembre 1864 et mis en vigueur le 1er décembre 1865 (Décret du 30 juin, 2 juillet 1865), à la même date que le Code de procédure. D'après l'article 1913, le Code civil devait être mis en exécution à partir du 1er juillet 1865.

2. Il faut observer, que déjà depuis 1840, le Code de commerce français avait été traduit et mis en application en Valachie. — La loi du 10 décembre 1864 l'a rendu exécutoire pour la Moldavie. La procédure commerciale se compose de plusieurs lois très-incomplètes et imparfaites, dont plusieurs articles sont extraits du *Réglement organique* de la Valachie.

ont mis en harmonie plusieurs textes ; ils ont consacré plusieurs vœux de la doctrine et plusieurs décisions de la jurisprudence française; ils ont introduit d'importantes dispositions empruntées aux autres législations étrangères, filles de la législation française, et quelques-unes seulement à la législation nationale.

Cela ne veut pas dire cependant, que c'est une législation exempte de défectuosités, même graves, que les jurisconsultes les plus autorisés et la jurisprudence ont en grande partie déjà signalées.

Le plus grand défaut du Code est à notre avis, que ses rédacteurs n'ont pas tenu assez compte de la législation traditionnelle du pays ; ils ont rompu brusquement avec tout un passé. Ils devaient, ce nous semble, adapter le Code français aux besoins et aux traditions du pays, et non pas subordonner le pays aux besoins et aux traditions des autres nations.

Un autre reproche, c'est de n'avoir pas du tout rédigé des travaux préparatoires. De là, mille difficultés que la doctrine et la jurisprudence ne savent pas comment trancher. Il est à peine besoin de dire, que ce sont les justiciables qui en sont toujours la victime.

La liste des observations critiques à faire sur l'ensemble du Code civil actuel serait bien longue, et ce n'est pas ici le lieu de la présenter. Nous aurons cependant l'occasion de signaler dans cette étude, quelques dispositions défectueuses à notre avis, et qui sont relatives précisément à la matière de l'emphytéose.

§ 6.

Nous avons terminé l'exposé succinct des principales législations qui se sont succédé en Roumanie. Il nous reste, pour en finir avec cette matière, de dire quelques mots seulement sur le droit coutumier roumain.

Cette source a dû être la plus abondante, surtout à une époque où les lois écrites n'étaient pas en usage chez presque tous les peuples de l'Europe.

Il est fort important de remarquer que presque tous les Codes roumains, qui ont été promulgués avant 1865, font de fréquentes allusions aux coutumes du pays (*obiceiurile pamentului*), qu'ils n'ont pas entendu abroger et qui formaient, pour ainsi dire, le droit commun, applicable sur tous les points, pour lesquels la loi écrite n'avait pas statué autrement.

Nous faisons une seconde remarque, qui est également fort importante : c'est que la coutume a joui de tout temps et à toutes les époques, d'une grande force : elle faisait et défaisait la loi. C'est ainsi que nous nous expliquons, la succession de tant de Codes de lois, tant en Moldavie qu'en Valachie.

Le droit coutumier roumain, mérite d'être étudié avec le plus grand soin et intérêt, par le jurisconsulte et l'historien roumain. Malheureusement, il est presque complètement inconnu, ou mal connu, bien que les archives publiques cachent de riches trésors ; il est à espérer cependant, qu'avec le développement du goût pour la littérature juridique, on se hâtera de dépouiller ce trésor, pour le rendre à la lumière et le sauver de la destruction du temps.

CHAPITRE II

RAPIDE APERÇU SUR LA CONDITION DES PERSONNES ET DES TERRES. LE COLONAT ET LES RÉZÈCHES OU *mosneni*. ABOLITION DU SERVAGE.

§ 1.

La première question qui se présente à nos yeux, est celle de savoir, si le régime féodal a existé en Roumanie.

C'est là une grave question, qui n'a pas encore été assez approfondie par les historiens roumains.

Pour cette raison nous leur demandons pardon, si nous avons le courage de nous prononcer sur la question.

Non, la féodalité n'a jamais existé en Roumanie, nous ne trouvons à aucune époque le lien féodal proprement dit.

La propriété en Roumanie a toujours eu les mêmes caractères que la propriété romaine. L'institution des fiefs a bien été transplantée par les Français en Orient, lors de la conquête de Byzance, mais le génie oriental ne se prêta pas à l'idée de la foi féodale réciproque et héréditaire, ou même considérée comme lien purement personnel. Par conséquent, lorsque les Roumains ont fait des emprunts à la législation byzantine, ils n'ont pas trouvé les éléments caractéristiques du régime féodal proprement dit.

On ne trouve en Moldavie et en Valachie que la propriété absolue et libre. L'idée du dédoublement de la propriété en domaine

direct et en domaine utile n'a pas existé dans la législation (1), au moins pour les particuliers ; car en ce qui concerne l'État, il est hors de doute qu'elle a existé. Cette idée a dû être transplantée à la suite de la conquête de la Dacie et la transformation du sol en *provinciale solum*. Les Roumains, en empruntant la législation byzantine, ont trouvé là encore la théorie du domaine éminent de l'État, en vertu de laquelle se justifiait la perception des impôts fonciers.

Si de la condition des terres nous passons à celle des personnes, nous ne trouvons aucune hiérarchie féodale. La société roumaine a été établie sur les mêmes bases que la société romaine.

Jusque dans les temps les plus récents on trouve en Roumanie quatre classes de personnes :

1° La classe privilégiée de la noblesse : le clergé et les boyards (*boerii*), qui avaient le monopole des fonctions publiques et le privilège de l'exemption d'impôt (2).

2° Le peuple proprement dit, composé des petits propriétaires, des commerçants, des industriels, etc.

3° Les colons (*clacasii*, *pontasii*), ce sont les paysans établis sur les biens-fonds des propriétaires. Le propriétaire est obligé de leur distribuer les terres nécessaires à leur subsistance, les colons sont obligés en retour de travailler pendant un certain nombre de jours pour le compte du propriétaire et de lui fournir quelques autres prestations.

4° Les esclaves (*robii*), ce sont des Bohémiens (*Tziganii*) établis en Roumanie vers le xve siècle, et qui n'ont pas cessé depuis

1. Sauf dans le Code Calimaki.

2. Les membres du corps académique formaient une classe privilégiée à part. Voyez l'art. 48 du Réglement organique de Moldavie.

Il faut ajouter à la classe prévilégiée la petite noblesse, tels que les niamours, vel-capitaines, postelnichels, polcovnichels et autres semblables.

cette époque de grossir leur nombre par leurs fréquentes immigrations.

Il paraît que l'esclavage n'a jamais été appliqué aux nationaux, sauf peut-être à une époque très réculée ; car nous ne connaissons pas de documents qui puissent prouver le contraire. Il est évident, que les prisonniers de guerre conservés vivants, étaient réduits en esclavage, conformément aux principes du droit des gens de l'époque.

L'esclavage a été aboli définitivement en 1856 (1).

Cette hiérarchie de personnes, nous le répétons, est toute romaine ; elle n'a aucun caractère féodal.

Enfin, nous ne trouvons en Roumanie, à aucune époque, cette confusion de la souveraineté avec la propriété, qui est un des caractères propres du régime féodal.

Ce qui a contribué beaucoup à faire croire, à un grand nombre de publicistes que la féodalité a existé en Roumanie, c'est la grande inégalité entre les classes. D'une part, la classe privilégiée des boyards, qui avaient accaparé surtout, à l'époque phanariote, presque toute la propriété foncière ; d'autre part, le paysan pauvre, qui n'avait pas à proprement parler de droits, mais seulement des devoirs, et sur qui pesaient de lourdes charges.

Cette inégalité, fruit de la violence et de l'arbitraire, ne constitue pas à nos yeux ce qu'on appelle le régime féodal. Suivant nous, la Roumanie a été, comme la Russie, plutôt le pays du servage, que de la féodalité.

1. L'État, les églises et les monastères étaient propiétaires d'un très-grand nombre d'esclaves ; ce qui a facilité beaucoup leur affranchissement. En Valachie, les esclaves appartenant à l'État ont été affranchis par la loi du 22 mars 1843; les esclaves appartenant aux églises, monastères et en général à tout établissement public, ont été affranchis par la loi du 13 février 1847. Ce n'est qu'en 1856, par la loi du 8 février de la même année, qu'ont été affranchis en masse tous les esclaves des particuliers.

§ 2.

L'histoire du paysan roumain est une étude des plus intéressantes, pour l'histoire de la propriété foncière. Nous devons constater avec bonheur, que cette question a fait déjà l'objet des sollicitudes de la part de l'Académie roumaine (1).

Le colonat est une institution qui ne manque pas de présenter de grandes affinités avec l'emphytéose (2). Tous les deux ont pour but de peupler les solitudes et de mettre en culture les biens en friche ou stériles. Tous les deux ont été à une époque, presque le seul moyen employé par les grands propriétaires pour la culture et l'exploitation du sol. Mais tous les deux ne présentent pas les mêmes inconvénients. Le colonat enchaîne la liberté des personnes, il doit donc disparaître au souffle puissant de la liberté. L'emphytéose frappe en quelque sorte d'immobilité la terre ; mais c'est précisément pour cette raison, qu'elle est très-utile à l'agriculture et à l'industrie : elle doit exister. Nous verrons cependant bientôt que telle n'a pas été la pensée du législateur roumain.

Les historiens attribuent à Michel-le-Brave, prince de Valachie (et ensuite de Valachie, de Moldavie et de Transylvanie), l'établissement de la servitude de la glèbe. Ce prince déclara que le

1. L'Académie roumaine, ayant institué, il y a quelques années, un concours pour la meilleure étude sur l'histoire du « Paysan Roumain, » M. Grégoire G. Tocilesco, professeur à la faculté des lettres de Bucarest, mon frère, a eu l'honneur d'obtenir le prix l'année dernière. Son travail n'a pas encore été imprimé. Nous croyons être l'interprète des tous les hommes savants, en exprimant ici le désir de voir une édition en langue française, de ce remarquable travail.

2. Consultez ce que nous avons dit à cet égard, dans les parties de notre étude sur l'emphytéose, en droit romain et en droit français.

paysan ne serait plus libre de quitter la terre qu'il cultivait sans le consentement du propriétaire du fonds. Le cultivateur attaché ainsi au sol, par un lien perpétuel et héréditaire, analogue à celui qui liait l'esclave à la personne de son maître, devint ce que l'on appelle : *servus terræ* ou serf de la glèbe.

Il importe beaucoup de remarquer, que nous trouvons une disposition analogue appliquée en Russie, précisément à la même époque, c'est-à-dire, vers la fin du XVIe siècle.

Un ukase du tzar Fedor Ivanovitch, de 1592, attacha les paysans à la glèbe. Les seigneurs dressèrent des registres où ils firent inscrire les cultivateurs qui habitaient la terre, qu'ils considéraient comme leur domaine et il leur fut interdit de se déplacer sans autorisation.

Des lois postérieures du tzar Boris Goudunoff, introduisirent définitivement la servitude de la glèbe. Il paraît que l'introduction de cette institution fut provoquée moins par une nécessité économique, que commandée par des raisons politiques : les deux monarques ont voulu se créer un appui dans la petite noblesse russe contre l'animadversion des boyards (1).

Tout autre est le motif de l'établissement de la servitude de la glèbe en Valachie. Michel-le-Brave voulut arrêter la désertion des campagnes et la décadence de l'agriculture ; fruits des guerres incessantes que le héros eut à soutenir pendant un très court espace de temps.

Mathieu Bessarabe, dans le Code qui porte son nom, consacra le principe de la servitude de la glèbe, introduit par son prédécesseur.

La classe rurale, qui constituait la véritable force de la nation,

1. Comp. M. Spyridon G. Zézas. *Études historiques sur la législation russe* (1862, Paris) p. 371; Tchitcherine (*Staatswoerterbuch von Bluntschi, v° Leibeigenschaft in Russland*) p. 396 *seq.*, cité par M. Émile de Laveleye : *De la propriété et de ses formes primitives*, p. 15.

opprimée et avilie par les boyards, victime de l'incurie administrative et de la fiscalité aussi despotique que rapace des princes phanariotes, diminua de plus en plus et perdit le sentiment de ses anciennes vertus militaires, qui ont illustré les pages glorieuses de l'histoire roumaine.

Le résultat fut pire que le mal, la Moldavie et la Valachie tombèrent dans une léthargie profonde, qui les humilia plus d'un siècle et demi.

Quelle a été la condition juridique des colons roumains ?

Pour les temps antérieurs à la fin du XVIIIe siècle on peut conjecturer qu'elle a dû être assez misérable. Nous ignorons si l'obligation de rester attaché au sol a été législativement abrogée, ou si elle est tombée en désuétude.

Ce qui est certain pour nous, c'est que d'après les Codes Ypsilanty et Caragea, la fuite du colon n'est pas suivie de sa réintégration forcée, elle est punie d'une manière toute différente : « Si le colon s'enfuit ou vient à mourir sans successeurs proches ou éloignés (s'il n'est pas débiteur du fisc), c'est le propriétaire du fonds qui est en droit de posséder les terres défrichées avec tous les arbres fruitiers (1). »

La même disposition se trouve reproduite, à peu près dans les mêmes termes, par le Code Caragea : « Si le colon s'enfuit ou meurt sans successeur, s'il n'est pas débiteur du fisc, le propriétaire a le droit de posséder sa maison, son jardin et les terres défrichées par le colon (2). »

Les colons étaient en principe des hommes libres. On devenait colon par naissance ou par contrat. C'était le besoin de vivre, le désir d'obtenir des concessions de terre, qui avait fait primitivement accepter cette condition. Ils jouissaient, en conséquence,

1. Art. 14, Code Ypsilanti, titre : *Des droits des propriétaires sur les cultivateurs.*

2. Art. 15, Code Caragea, ch. VI, partie III.

des droits de famille, du droit de propriété mobilière et immobilière ; mais ils étaient obligés de travailler un certain nombre de jours chaque année, ordinairement douze, pour le compte du propriétaire, et de lui payer, en outre, une redevance annuelle en denrées (dîmes) ou quelquefois en argent, et autres prestations. C'était une convention libre entre les parties, et à défaut de convention, la loi ou la coutume qui déterminait le nombre des jours à travailler, et en général, le *quantum* des redevances seigneuriales.

Les colons n'étaient pas, en droit, taillables et corvéables au gré du propriétaire ; mais les faits donnaient souvent un démenti au droit. Ils étaient inscrits sur le cens pour la capitation seulement.

La quantité des terres que le propriétaire était obligé de livrer à chaque colon, était fixée soit par la coutume, soit par la loi, soit par convention.

Le colon pouvait prendre, en outre, à titre de fermier ou d'emphytéote, des terres pour les exploiter comme tel.

Le colon ne pouvait pas en principe planter des vignes, sans le consentement du propriétaire ; mais la sanction de cette contravention n'était pas toujours la même : Ainsi, d'après l'article 3 du Code Ypsilanti, titre : « *Des droits des propriétaires des biens-fonds sur les habitants* », si le sol avait été choisi déjà par le propriétaire pour ses propres besoins, celui-ci en conservait la disposition, sans être obligé d'indemniser le colon de ses dépenses et de son travail ; dans le cas contraire, le propriétaire n'avait d'autre droit que de percevoir la dîme (*otastina*) ; il ne pouvait pas expulser le cultivateur ou planteur, ni détruire la plantation, qui demeurait la propriété de ce dernier.

Cette disposition singulière, est la plus éclatante preuve de l'état déplorable de l'agriculture du pays : c'était une prime au défrichement, à la culture et la plantation du sol.

On voit donc des emphytéoses établies, en dehors de toute convention ou autre mode de constitution usité dans le droit romain, français, et en général, dans toutes les législations des pays étrangers (1). Les paysans ont tiré le meilleur profit de cette disposition qui fut en vigueur jusqu'en 1847, lorsque le législateur Caragea (2) fit une réaction, en interdisant de semblables emphytéoses *forcées*, établies *ex lege*. La sanction était très sévère ; le planteur n'avait aucun droit à une indemnité, ni pour ses labours, ni pour ses dépenses.

Le colon est obligé de cultiver la vigne qu'il a sur le fonds du propriétaire, et s'il la laisse pendant trois ans complètement inculte, le propriétaire foncier a le droit de demander en justice la déchéance du colon, mais les juges sont obligés de donner à celui-ci un terme d'un an pour cultiver la vigne, et ce n'est qu'après l'expiration de ce délai, que le propriétaire peut entrer en possession de sa terre (3).

Le propriétaire foncier ne peut pas expulser les colons des terres, qui ont déjà été défrichées ou cultivées par eux ou leurs parents (4) ; le colon a donc droit à une possession assurée.

Les réglements organiques de Moldavie et de Valachie (5) se sont occupés particulièrement de supprimer les divers abus qui s'étaient successivement introduits dans l'administration, et qui tombaient à la charge de la classe rurale. Les droits et les obli-

1. C'est là une remarque de la plus haute importance, car l'état de la culture du sol en Roumanie n'a pas beaucoup changé depuis le Code Ypsilanti, jusqu'à présent : toute illusion qu'on a l'habitude de se faire à cet égard, ne peut être que blâmable, à notre avis.

2. Art. 9, Cod. Car., Chap. VI : *De la corvée* (*claca*).

3. Article 5, C. Yps., titre cité *supra*, et art. 10, C. Carag. chap. cité *supra*.

4. Art. 15, C. Yps. ; et art. 8, C. Carag.

5. *Régl. de Moldavie*, sect. VII, art. 118 à 132; *Régl. de Valachie*, art. 138 à 146. Ces Réglements organiques ont été élaborés et votés par des Assemblées nationales, au temps où les pays étaient sous le Protectorat Russe.

gations réciproques des propriétaires fonciers et des cultivateurs sont déterminés scrupuleusement, et la condition de ces derniers se trouve améliorée.

Le colon est libre de quitter le fonds où il était établi pour se transporter ailleurs, d'après ses vues et intentions particulières; seulement, il doit remplir quelques formalités qui sont exigées dans le but de prévenir les difficultés pour la perception de la capitation, pour le recrutement, et aussi dans l'intérêt de l'ordre public et la garde des frontières, qui était confiée aux communes limitrophes (1).

Mais le colon qui veut quitter le domaine, perd tout droit sur sa maison, sur toutes ses plantations et autres terrains qu'il aurait défrichés sur la terre qu'il quitte, lesquels restent au propriétaire sans aucune indemnité.

Le propriétaire, de son côté, peut demander à l'autorité compétente l'expulsion des paysans récalcitrant, qui mettraient la zizanie et l'insubordination parmi les autres cultivateurs, en leur en donnant avis devant le sous-préfet, six mois avant la Saint-Georges, et en prévenant le préfet du district. Mais le propriétaire est obligé dans ce cas, d'indemniser les colons expulsés, pour les plantations emphytéotiques qu'ils pourraient avoir faites (3).

Le propriétaire seul a le droit de vendre sur sa terre du vin, de l'eau-de-vie et autres boissons, et d'avoir des boucheries et des boutiques, il a aussi la jouissance exclusive des moulins, étangs, forêts et autres droits semblables (4).

1. Art. 124, *Régl. Org.* Mold.; Art. 144, *Régl. Org.* Val.
2. Art 124, *Régl. Org.* Mold., lettre D.
3. Art. 126, *Régl. Org.* Mold.
4. Art. 129, *Régl. Org.* Mold.; et art. 146, *Régl. Org.* Val.

§ 3.

Outre les colons ou les cultivateurs établis sur la propriété d'autrui, la classe rurale comptait, surtout en Moldavie, un nombre considérable de rézèches (*rezesi*) ou *mosneni*. Ceux-ci sont des paysans absolument libres, ne dépendant d'aucun seigneur foncier; ils ont leurs terres (*rézèchies*) qu'ils possèdent en pleine et entière propriété, ils cultivent eux-mêmes, ou font cultiver par les paysans domiciliés sur leurs terres.

Les rézèches n'ont pas en principe droit aux jours de travail, à la corvée et autres redevances, seigneuriales parce qu'ils ne font pas partie de la classe noble. Les villageois domiciliés sur leurs terres ne sont pas des colons ; ils ne sont obligés qu'au payement de la dîme et de l'équivalent en argent des jours de travail fixés par la loi pour les colons (1).

Quelle est l'origine de cette classe rurale, de ces petits propriétaires?

Les rézèches ou *mosneni*, suivant nous, sont au moins pour une grande partie, les descendants des anciens vétérans auxquels les princes, à la suite des guerres, concédaient en récompense de leurs services, une sorte de bénéfices militaires, à l'exemple des empereurs romains.

Il est fort important de remarquer que les rézèches vivaient jusqu'à nos jours en communauté de terres. Aujourd'hui même, il n'est pas rare de trouver des communes tout entières habitées par les rézèches, qui vivent en indivision quant à la propriété foncière (2). La communauté des rézèches ou des *mosneni* cons-

1. Art. 130, *Régl. Org.* Mold.
2. En 1875, lorsque nous occupions la fonction d'avocat de l'Administration

titue une sorte de personne morale à laquelle appartiennent en pleine propriété les terrains de la rézéchie. Pour fournir une preuve entre mille de ce que nous avançons, il suffit de rapporter les termes mêmes de l'article 8 du Code de procédure civile actuel : « La généralité des *mosneni* (*cetele de mosneni* ou *obstea rezesilor*), seront appelés en justice par une seule citation collective, accompagnée d'une seule copie de la requête du réclamant... (1) »

Ce qui précède nous a conduit implicitement à répondre d'avance à une question générale, de la plus haute importance pour l'histoire de la propriété foncière, celle de savoir si la communauté agraire a existé en Roumanie.

§ 4.

Telle était, dans ces grands traits, la situation des colons en Roumanie avant 1864, lorsque le prince Alexandre-Jean Couza rendit le décret — loi du 15 août 1864. — Tous les colons furent

des Domaines de l'État romain, nous avons eu l'occasion de compulser quelques documents très anciens et fort curieux, appartenant à la généralité des rézèches de Ivanesti, arrondissement Racova, District Vasloui, qui se trouvaient en procès avec l'État.

Il est extrêmement difficile, cela est même passé en proverbe, de procéder à une opération de partage entre les rézèches. Il faut, en effet, dresser l'arbre généalogique de chacune des familles qui composent la rézéchie, en remontant plusieurs siècles même, jusqu'à l'ancêtre (*batranul, mosiul*) qui a figuré dans la concession de terre primitive.

Les rézèches sont fort nombreux dans le District Vasloui. Il paraît que le prince Étienne-le-Grand leur a fait de nombreuses concessions de terres, à la suite de la mémorable victoire remportée dans la Vallée Racova contre les Turcs. C'est du District Vasloui que sortirent en 1877 les vainqueurs de Grivitza, au siège de Plewna.

1. Voy. aussi les circulaires du ministère de justice de Valachie, de 1849, n° 2579 et 2581, dans la collection des lois de M. C. Brailoiu : *Legiuirea Caragea* etc. (IIe édit. Bucarest, 1865) p. 442 et suiv.

déclarés propriétaires des maisons, jardins, et des terrains qu'ils possédaient en qualité de simples colons.

Des distributions de terres furent faites à tous les colons, dans des proportions variables, suivant qu'ils possédaient quatre bœufs et une vache, deux bœufs et une vache, une seule vache ou seulement les bras (*palmasiu*) (1).

Cette loi abolit définitivement, moyennant une indemnité accordée aux propriétaires, les corvées (*claca*, *bœrescul*), les dîmes, les charrois de bois, les réparations et autres charges qui pesaient lourdement sur le colon.

L'Etat s'est engagé à payer lui-même aux propriétaires cette indemnité, garantie par des obligations communales rurales rachetables, portant intérêt à 10 pour 100 pendant quinze ans. Aujourd'hui, ces indemnités sont complètement acquittées par l'Etat.

Ainsi, tout un peuple, dans un seul jour, vît son émancipation et arriva à la propriété. Le prince Alexandre-Jean Couza, comme le dit fort bien M. Cogalniceano, a répondu aux journées des 5 et 24 janvier 1859 (2), en émancipant le travail et la propriété (3).

1. Il n'est pas sans intérêt de remarquer que le paysan, bien que déclaré propriétaire de la terre concédée, n'a pas le droit de l'aliéner ou de l'hypothéquer, soit par acte entre-vifs, soit à cause de mort. Cette prohibition n'est pas absolue ; car la commune ou un autre paysan peut se porter acquéreur ou créancier hypothécaire. Elle n'est pas perpétuelle ; car elle est limitée au laps de 30 ans, à partir de la promulgation de la loi rurale. Cette disposition est des plus sages et on ne saurait trop applaudir le législateur roumain. Il est en effet, d'ordre public, que les populations agricoles ne soient pas les victimes des calculs de grands propriétaires et surtout des usuriers. Quoi de plus juste et équitable que d'étendre les mesures tutélaires, précisément sur les classes qui ont plus besoin de protection ?

2. Ces dates correspondent aux jours de l'élection du prince, en Moldavie et en Valachie.

3. M. Cogalniceano, Ministre du département de l'intérieur, dans sa circu-

Des distributions des terres, appartenant au domaine de l'Etat, ont été faites postérieurement à un nombre considérable de paysans, de sorte que, nous pouvons affirmer, que la participation de la classe rurale à la propriété foncière est un fait accompli.

Mais, nous n'entendons pas dire que tout a été fait et qu'il n'y a plus rien à faire, pour l'amélioration du sort de cette classe rurale, qui constitue la véritable force de la nation.

Après toutes ces notions historiques, préliminaires, il est temps d'aborder directement la matière de l'emphytéose, telle qu'elle est réglée par les Codes Calimaki, Caragea et le Code civil actuel.

Les grandes difficultés que présente la matière, ainsi que les proportions déjà trop étendues de ce travail, ne nous permettent pas de faire ici l'histoire de l'emphytéose en Roumanie, pour les temps antérieurs à ces Codes.

Cette étude serait cependant fort intéressante, car elle serait, pour une grande partie au moins, l'histoire de la propriété foncière elle-même.

L'emphytéose sons différentes dénominations et avec les altérations qu'elle a subies à travers les lois et les coutumes, a été d'un usage très-fréquent en Roumanie. Elle a joué le même rôle, qu'aux temps du Bas-Empire et au moyen-âge. L'État, les Eglises, surtout les Monastères, les Établissements publics de bienfaisance les particuliers, ont employé l'emphytéose, comme moyen de défricher et cultiver les vastes *latifundia*, dont ils étaient propriétaires. C'est grâce à l'emphytéose, que le pays doit les immenses plantations de vignes, d'arbres fruitiers, qui le couvrent dans

laire, n° 21, 474 du 14 août 1864, (Collect. des lois Boujoreano, p. 893 Bucarest, 1873) relative à l'exécution de la loi rurale, à la confection de laquelle il avait pris la plus grande part.

presque toutes les directions. Les étangs, les moulins à vent ou à l'eau sont l'œuvre des emphytéotes.

Non-seulement l'agriculture, mais aussi l'industrie, doit beaucoup à l'emphytéose.

Des villages et des villes tout entières sont élevés sur le sol concédé à bail emphytéotique. C'est à l'emphptéose en un mot, qu'on doit, en grande partie, la prospérité économique actuelle du pays.

CHAPITRE III

THÉORIE DE L'EMPHYTÉOSE D'APRÈS LE CODE CALIMAKI.

Le Code Calimaki consacre plusieurs articles à l'emphytéose et autres locations perpétuelles ou à long temps.

Nous exposerons la théorie de l'emphytéose d'une manière sommaire, attendu que la plupart de ses règles nous sont déjà connues, par l'étude du droit romain et du droit français. Aussi, nous contenterons-nous souvent de nous y référer.

§ 1. — *Caractères de l'emphytéose.*

L'article 1506, définit l'emphytéose « la convention par laquelle celui qui possède un fonds appartenant à autrui, s'oblige à fournir annuellement un cens modique au propriétaire de ce fonds, en reconnaissance de sa propriété ». La modicité du cens est un des caractères par lesquels l'emphytéose se différencie à la fois du bail héréditaire et du bail ordinaire. Dans ces deux derniers contrats, la redevance est due pour la jouissance du fonds, et non pas *in recognitionem dominii*, par conséquent, elle est proportionnée aux revenus du fonds. L'emphytéose transfère à l'emphytéote la propriété de la jouissance, c'est-à-dire, le domaine utile. A ce point de vue encore, elle se distingue du bail ordinaire, mais elle se rapproche du bail héréditaire et de la superficie, avec lesquels d'ailleurs elle a plus d'un point commun.

La perpétuité n'est pas de l'essence de l'emphytéose; mais elle est de sa nature. L'emphytéose peut aussi être établie à temps (arg. art. 1533). Le Code est muet sur la question de savoir, quel est le maximum et le minimum de la durée de l'emphytéose temporaire. Nous pensons que le délai maximum doit être 99 ans, et que pour le délai minimum il suffit qu'il ne soit pas *modicum tempus*. Un dernier caractère distinctif de l'emphytéose, c'est l'obligation d'améliorer le fonds (art. 1512).

§ 2. — *Établissement de l'emphytéose.*

L'emphytéose étant une propriété divisée, il faut appliquer les principes qui régissent toute aliénation de la propriété : celui qui donne un bien à emphytéose, doit être propriétaire et avoir la capacité d'aliéner. En conséquence, ne peuvent constituer une emphytéose :

Les personnes placées en tutelle et en curatelle ; leurs tuteurs ou curateurs, sans l'autorisation préalable de la Commission tutellaire et la formalité de licitation publique (art. 307 et 375); la femme mariée, sans l'autorisation de son mari, si le fonds est dotal (art. 1621) ; le mari lui-même, sans distinguer si le fonds est dotal ou paraphernal.

Il est important de remarquer, que le principe de l'inaliénabilité de la dot immobilière, souffre quelques exceptions, consacrées par l'article 1641. La femme, ainsi que le mari avec le consentement de la femme (art. 1642), peuvent aliéner la dot immobilière dans les cas suivants : — *a*. Pour payer les dettes personnelles de la femme ; — *b*. Pour acheter un bien-fonds produisant un revenu meilleur ; — *c*. Pour fournir des aliments aux enfants que la femme a eu d'un précédent mariage, à ses parents, frères et sœurs, s'ils sont dans l'indigence ; pour racheter ces personnes

ainsi que d'autres de ses parents, qui sont en esclavage ou tombées dans les mains des bandits, ou les tirer de prison (1). Dans tous les cas, l'aliénation de l'immeuble dotal étant permise, il faut conclure que la constitution de l'emphytéose est *à fortiori* admise.

Les immeubles seuls peuvent faire l'objet de l'emphytéose. Il n'y a à faire aucune distinction entre les fonds de terre et les bâtiments.

La redevance annuelle étant un des caractères constitutifs de l'emphytéose, il en résulte que le contrat ne peut pas être établi à titre gratuit; quelle que soit la modicité du cens, il est le signe de la reconnaissance du domaine supérieur retenu par le concédant. Mais, l'emphytéose peut parfaitement être établie par testament, pourvu que le testateur ait soin de fixer la redevance à payer par le légataire-emphytéote. L'acceptation du légataire sera nécessaire pour la formation du contrat.

La simple convention d'emphytéose est impuissante à transférer par elle-même la propriété de la jouissance ; c'est par la tradition que ce transfert a lieu (art. 570 et 1507).

La tradition s'opère en général, pour les immeubles, par la remise des anciens et des nouveaux titres, et par la mise en possession (art. 576). S'il n'y a pas de titres, il faut que les parties dressent un écrit, dans lequel elles doivent indiquer avec précision les noms de l'aliénateur et de l'acquéreur, la chose qui doit être transférée, ainsi que ses limites, le titre de l'acquisition, le lieu et l'époque précis de la conclusion du contrat ; cet écrit doit être signé par les parties contractantes, ainsi que par deux témoins au minimum, il faut enfin que l'acte soit légalisé (enteriné) par le tribunal ou l'administration (art. 577).

Ces dispositions sont applicables à l'emphytéose : il faut donc

1. Comp. Art. 1558 C. civ. Fr. qui est l'art. 1253 C. civ. R. actuel.

un écrit. L'utilité de l'écrit est mise en évidence par les articles 470 et 471 qui disposent : « Qu'on ne peut pas inférer la division du droit de propriété du simple payement d'un canon ou d'une rente annuelle. Dans tous les cas où la séparation du droit sur la substance d'avec le droit sur la jouissance, n'apparaît pas d'une manière évidente, on doit considérer tout possesseur de bonne foi comme propriétaire parfait. » (Comme l'art. 360, Code autr.).

Le Code Calimaki, à la différence du Code autrichien, n'admet pas le principe de la transcription des actes translatifs de propriété et autres droits réels (1).

L'emphytéose peut s'établir par prescription ou usucapion, car elle est une propriété divisée. Le juste titre et la bonne foi sont exigés pour l'usucapion de 10 à 20 ans (art. 1924) ; la bonne foi seulement pour celle de 30 ou 40 ans (2) (art. 1940).

§ 3. — *Droits de l'emphytéote.*

Le Code Calimaki, à l'exemple du Code autrichien, admet la division, le partage de la propriété, en propriété de la substance (domaine direct) et propriété de la jouissance (domaine utile) (Art. 465 et 466, C. cal., *correspond.* à l'art. 357, C. autr.).

Cette doctrine est étrangère au droit romain et au droit traditionnel roumain. On sait déjà que cette théorie a été imaginée par les Glossateurs, et qu'elle est éminemment féodale. Cette hérésie juridique est passé en Allemagne et en Autriche, avec le droit romain, et il a fallu les Cujas et les Doneau en France, les Thibaut et les Wangerow en Allemagne, pour rétablir la véritable doctrine romaine.

1. Le Réglement organique de Moldavie, lettre T., prescrit l'inscription des hypothèques et des contrats dotaux.

2. L'usucapion de 40 ans est nécessaire pour les immeubles appartenant à l'État, aux Églises et aux monastères.

On doit s'étonner de voir la fiction du dédoublement de la propriété établie au XIXe siècle en Moldavie, où, la féodalité avec les caractères qui lui sont propres, nous l'avons déjà dit, n'a jamais existé, pas plus qu'en Valachie.

Les droits de l'emphytéote peuvent se résumer en deux principaux : droit de disposition et droit de jouissance. Nous les examinerons séparément.

1° *Droit de disposition.* — L'emphytéote est propriétaire de la jouissance du fonds, en conséquence, il a des droits fort étendus.

L'article 1509 porte : « Qu'entre les droits du propriétaire de la substance et ceux du propriétaire de la jouissance il y a en général cela de commun, que chacun peut disposer de sa part, pourvu que les droits de l'autre ne soient pas lésés. » (Comme l'art. 1127, C. autr.).

Et, l'article 1510 ajoute : « Les deux propriétaires, c'est-à-dire celui de la substance et celui de la jouissance, ont la faculté de revendiquer leur part en justice, de l'engager et de l'aliéner par acte entre-vifs, ou par acte de dernière volonté. Celui qui prétend qu'il existe des restrictions à l'un de ces deux droits, doit en fournir la preuve au moyen de titres convenables (comme l'art. 1128 C. autr.). »

Aucune difficulté ne peut se présenter quant au droit de l'emphytéote d'intenter les actions pétitoires et possessoires, de vendre, échanger, donner, hypothéquer sa part de propriété. On peut ajouter qu'il peut établir des servitudes à la charge du fonds. Mais tous ces droits que l'emphytéote transfère à un tiers, s'éteindront évidemment en même temps que son droit, en vertu de la règle : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, que l'article 1521 exprime formellement.

Quant aux formalités requises pour l'aliénation du droit emphytéotique, nous les examinerons bientôt.

2° *Droit de jouissance.* — L'emphytéote a la pleine jouis-

sance du fonds, son droit n'est limité que par celui du propriétaire de la substance, en conséquence, il peut faire tous les actes, sauf ceux qui portent atteinte à la substance du fonds, qui en diminuent la valeur.

L'article 1528 prend soin d'attribuer à l'emphytéote le droit au trésor, en le substituant ainsi au propriétaire du fonds. Il porte : « le propriétaire de la jouissance a aussi droit à une part dans tout trésor que l'on vient à découvrir. » Cette part est déterminée de la manière suivante, par l'article 329 : « le trésor découvert se distribue en trois parts égales, dont une est acquise à l'État, l'autre au propriétaire du fonds et la troisième à l'inventeur (1). »

L'emphytéote a donc droit à un tiers, s'il n'est pas l'inventeur. L'emphytéote a droit à toutes les accessoires du fonds : alluvion, île, etc.

Quel est le droit de l'emphytéote sur les mines, minières et carrières, non encore ouvertes au moment de la constitution de l'emphytéose?

Le Code Calimaki est muet sur la question; de là, des doutes sérieux. Dans une opinion, on peut soutenir, qu'aux termes de l'article 1511, le propriétaire de la substance a le droit d'interdir à l'emphytéote tout acte qui diminue la valeur du fonds ; or, l'ouverture des mines, minières, etc., est certainement un acte qui diminue la substance du fonds.

Dans une seconde opinion, on peut dire que l'emphytéote participe à la propriété de la substance elle-même. En effet, voici comment l'article 466 définit la propriété divisée : « Mais si une personne n'a droit que sur la substance de la chose, et qu'une autre ait *en outre un droit sur la substance*, le droit exclusif d'usage ou de jouissance des produits, le droit de propriété est

1. Le Code Autrichien, art. 399, partage ce tiers par égales portions entre le nu-propriétaire et le propriétaire-usufruitier.

divisé.... » De plus, l'article 1532 tranche formellement la question contre le superficiaire, précisément parce que son droit est limité à la superficie. Par *à contrario* donc, il faut décider que l'emphytéote a droit aux produits souterrains.

Nous ignorons quelle est la jurisprudence sur cette question; mais nous croyons que cette dernière opinion est préférable à la première. Il va sans dire d'ailleurs, que ce droit ne pourra être être exercé par l'emphytéote, qu'à la condition que l'ouverture et l'exploitation ne diminuent pas le rendement ou la valeur du fonds.

L'emphytéote peut-il changer la superficie du fonds? Nous avons déjà vu à quelle grave difficulté donne lieu cette question en droit romain et en droit français. Le Code Calimaki contient une disposition formelle, qui, en droit du moins, supprime à notre avis toute difficulté. « Le propriétaire de la substance, dit l'article 1511, est notamment en droit d'interdire au propriétaire de la jouissance, non-seulement de diminuer la substance de la chose, mais encore d'y *apporter des modifications qui pourraient rendre l'exercice de ses droits plus difficile ou impossible.* » (Comme l'article 1129 C. autr.). Ainsi, le propriétaire du domaine direct peut interdire à l'emphytéote, de transformer toute la superficie de la chose et de faire des changements importants, d'où il résulterait un préjudice permanent et considérable pour la subtance ou pour la jouissance du fonds, et qui mettraient l'emphytéote lui-même, dans l'impossibilité d'accomplir ensuite ses obligations. Mais il ne peut pas l'empêcher de faire des transformations et des changements partiels, tendant à une amélioration permanente du sol, par exemple, de convertir une prairie en un champ cultivé, ou *vice-versâ* (1).

Si l'emphytéote fait une innovation qu'il n'a pas le droit de

1. *Conf.* avec ce que nous avons dit dans le dr. romain et dans le dr. franç.

faire, le propriétaire peut immédiatement intenter contre lui une action, pour le forcer à rétablir l'état des lieux. Cette décision n'est pas douteuse, puisque ce n'est que l'application des principes généraux qui régissent les contrats. Si l'abus est grave, le propriétaire pourra même demander la résolution du contrat, comme nous le dirons plus loin.

Que doit-on décider à l'égard des bois qui se trouvent sur le fonds emphytéotique? L'emphytéote pourra-t-il faire des coupes conformément à l'aménagement? Nous n'hésitons pas à nous prononcer pour l'affirmative, car l'emphytéote est propriétaire de la jouissance et son droit a une durée plus longue que celle du simple usufruitier. On conçoit donc, qu'il puisse couper même des bois de haute futaie, pourvu qu'il fasse les coupes de manière à ce que le bois puisse se reproduire par semences, et que l'emphytéote rende à la fin du bail, une valeur égale à celle qu'il a reçue lors de la conclusion du contrat.

L'emphytéote, avons-nous dit, ne peut pas diminuer la substance du fonds : une exception est cependant faite par l'article 1528, pour le cas où il peut prouver au propriétaire direct, que l'on ne saurait autrement se servir du fonds.

L'emphytéote a le droit d'améliorer le fonds, par des constructions et des plantations. Que deviennent ces améliorations à l'expiration du bail? Si le titre de l'emphytéote l'oblige à bâtir et à planter on se conforme aux stipulations des parties; les constructions et les plantations seront en ce cas l'exécution d'une obligation, et il va s'en dire que l'emphytéote ne pourra ni les enlever, ni réclamer une indemnité, puisque ce qu'il a fait il était obligé de le faire. Lorsqu'il a fait des constructions, des plantations et autres améliorations dispendieuses, — sans y être obligé expressément par le contrat, il a droit à une indemnité. L'article 1520 s'exprime de la manière suivante : « Le propriétaire de la substance de la chose est obligé,..... lorsque le droit sur la

jouissance vient à être réuni au fonds, d'indemniser le propriétaire de la jouissance ou ses successeurs, comme tout autre possesseur de bonne foi, des améliorations effectuées (1). » L'article 432 indique les règles d'après lesquelles doit être fixée cette indemnité : « Si le possesseur de bonne foi a fait des dépenses nécessaires pour la conservation de la substance de la chose, ou des dépenses utiles pour l'augmentation des produits, et si les améliorations existent encore, il a droit à une indemnité d'après la valeur actuelle, pourvu que cette indemnité n'excède pas la dépense réelle (2). » Et l'article suivant, 433, ajoute : « Il n'est dû d'indemnité pour les dépenses faites uniquement dans un but d'agrément ou d'embellissement, que jusqu'à concurrence de la plus value qui en est résultée dans la valeur ordinaire de la chose; mais le précédent possesseur a la faculté de retirer de la chose, tout ce qui peut en être détaché sans dommage pour sa substance (3). »

Le Code Calimaki a ainsi tranché, dans l'article 1520, une des questions les plus vivement controversées dans le droit romain et dans le droit français. L'emphytéote est placé dans la même situation que le constructeur de bonne foi : il a droit à une indemnité. On doit excepter cependant, le cas où l'emphytéose prend fin par la déchéance résultant du non-payement du canon (art. 1517).

Enfin, aux termes de l'article 1520, l'emphytéote a droit à la garantie en cas de trouble ou d'éviction.

§ 4. — *Obligations de l'emphytéote.*

1. — De payer la redevance ou le canon (*bezman*). Aux termes de l'article 1513, la redevance peut consister soit en argent, soit en

1. Comme l'art. 1137 C. autr.
2. Comme l'art. 331 C. autr.
3. Comme l'art. 332, C. autr.

nature, soit en services personnels (1), et le *quantum* en est invariable, il ne peut être diminué ou augmenté sous aucun prétexte. Le canon annuel doit être payé à l'échéance convenue, ou à la fin de l'année (art. 1514). Il ne représente pas les revenus du fonds; il est payé au propriétaire direct en reconnaissance de son droit de propriété (art. 1506). Si l'empbytéote néglige le payement, pendant deux ans s'il s'agit d'un fonds ecclésiastique, pendant trois ans s'il s'agit des fonds laïques, il encourt la déchéance de son droit, et en outre, il perd tout droit à une indemnité pour les constructions et les améliorations qu'il aurait faite (art. 1517).

Pour éviter toute allégation de payement de la part de l'emphytéote et toute chicane de la part du propriétaire, l'article 1518 oblige l'emphytéote, dans le cas où le propriétaire refuse par calcul de recevoir le canon, à consigner l'argent au tribunal ou chez l'archidiacre, suivant qu'il s'agit d'une emphytéose des biens laïques ou d'une emphytéose des biens ecclésiastiques, mais avant l'expiration du délai respectif. Si le propriétaire persiste dans son refus, même après l'expiration du délai, le montant du canon est acquis à l'emphytéote, pourvu que le propriétaire ne réclame pas par la suite.

Le canon, avons-nous dit, est invariable. Si la récolte vient à être détruite par cas fortuit en partie ou même en totalité, l'emphytéote n'a droit à aucune remise; il est obligé d'acquitter la redevance tant qu'il existera une portion du fonds emphytéotique (art. 1515 et 1516).

1. Ces services personnels consistaient le plus souvent dans la *claca* ou corvée, charrois des bois, jours de réparations, etc. Les grands propriétaires abusaient fréquemment de leur influence politique, et ils se permettaient des abus aux yeux des autorités. Ils allaient jusqu'à exiger des emphytéotes des services personnels, quand même ils n'avaient pas été stipulés dans le contrat. Ce fait rendait l'emphytéose odieuse; les preneurs emphytéotiques étaient traités en quelque sorte comme les colons (*clacasi* ou *pontasi*). Aussi, avec l'abolition du colonat, en 1864, disparurent ces inconvénients et ces abus.

2. — L'emphytéote est obligé de supporter toutes les charges, ordinaires et extraordinaires inhérentes au fonds, et de payer les impôts et les dîmes (art. 1529).

3. — L'emphytéote, aux termes de l'article 1512 est obligé de conserver, de cultiver et d'améliorer le fonds. Ainsi, bien que propriétaire de la jouissance, l'emphytéote ne peut jouir à sa guise, il doit se comporter en bon père de famille. Il est responsable de sa faute *in committendo* et *in omittendo* ; en conséquence, il est tenu de faire les réparations qui sont la charge ordinaire de la jouissance, et, même les grosses réparations. Il doit cultiver le fonds, car autrement il se détériorerait. Il doit faire aussi des améliorations. Cette obligation ne se trouve pas dans l'article 1130 du Code Autrichien, elle a été ajoutée par les rédacteurs du Code Calimaki. Cette innovation a été commandée par l'état de la culture du sol.

Mais il ne faut pas perdre de vue, que l'emphytéote aura droit à la fin du bail à une indemnité pour ces améliorations.

4. — L'emphytéote est obligé de ne pas faire des actes qui diminuent la valeur du fonds, ou en transforment la superficie de manière à rendre difficile ou impossible l'exercice des droits du propriétaire (art. 1511).

§ 5. — *Transmission de l'emphytéose.*

L'emphytéote a la faculté de disposer de son droit, il peut par conséquent l'aliéner soit entre-vifs, soit pour cause de mort ; et il peut disposer de tout ou bien seulement d'une partie de son droit. Quand il s'agit de l'aliénation entre-vifs des constructions ou du fonds emphytéotique, l'emphytéote doit adresser une notification au propriétaire et attendre pendant deux mois son consentement (art. 1523). Si dans ce délai de deux mois le propriétaire du fonds ne déclare pas son intention d'exercer le droit de

retrait ou de préemption, ou ne consent pas à l'aliénation, l'emphytéote peut passer outre à l'aliénation moyennant un jugement préalable (art. 1524).

Le propriétaire est libre d'accepter ou non, la personne que l'emphytéote originaire veut se substituer (art. 1525) ; mais une fois qu'il l'a acceptée, il est obligé de la mettre en possession dans un délai de deux mois ; passé lequel, l'emphytéote originaire peut encore passer outre, moyennant un jugement préalable (art. 1526).

Le Code Calimaki, à la différence du droit romain, du droit français et du droit autrichien, exige dans ces deux hypothèses la formalité d'un jugement, qui constate que le propriétaire a été en retard d'exercer son droit de retrait ou de consentir à l'aliénation, ou d'ensaisiner le nouvel emphytéote, dans les délais que la loi lui accorde.

Il n'y a lieu à la perception d'aucun droit au profit du propriétaire à raison de la mutation, c'est-à-dire, qu'il n'y a pas de *laudemium*.

Chaque nouvel emphytéote est obligé d'exiger du propriétaire du fonds, un écrit (ou un document) constatant que la propriété de la jouissance lui a été transférée (art. 1530). — Il est inutile d'insister sur l'importance pratique de cette disposition.

Quant aux transmissions à cause de mort, il n'y a aucune formalité préalable à remplir.

Nous rappelons que le canon emphytéotique étant indivisible, chaque héritier est exposé à encourir la déchéance, dans le cas où l'un de ses cohéritiers ne payera pas sa part dans le canon.

§ 6. — *Extinction de l'emphytéose.*

Les causes d'extinction de l'emphytéose sont nombreuses. Nous les passerons toutes en revue, en n'insistant que sur celles

qui présentent plus d'intérêt ou des divergences avec les principes du droit civil actuel.

1° *La commise.* — L'emphytéote encourt la commise emphytéotique pour deux causes.

a. — En cas de non-payement du canon, pendant deux ans s'il s'agit d'un fonds ecclésiastique, pendant trois ans s'il s'agit d'un fonds laïque. La déchéance a lieu de plein droit, en ce sens que les juges sont tenus de la prononcer, aussitôt que le propriétaire l'a demandée ; mais l'emphytéote ne peut être répulsé qu'en vertu d'une sentence judiciaire (art. 1517).

b. — En cas d'aliénation du droit, sans les formalités prescrites par la loi (art. 1527).

Ces deux cas de commise, sont exactement ceux établis par Justinien.

2° *L'abus de jouissance.* — L'emphytéote doit jouir en bon père de famille. S'il commet de graves abus de jouissance, s'il détériore le fonds d'une manière notable ; s'il néglige de faire les actes nécessaires à la conservation, la culture et l'amélioration de la chose, même après l'invitation que le propriétaire est obligé de lui faire, celui-ci peut provoquer la déchéance de l'emphytéote (art. 1511 et 1512).

3° *L'inaccomplissement des autres conditions du contrat.* — Aux termes de l'article 1512, l'emphytéote peut être déchu de son droit s'il est incapable de supporter les charges inhérentes au fonds emphytéotique, par exemple, d'exécuter les améliorations ou les constructions promises ; mais la résolution doit être également prononcée en justice.

4° *La perte du fonds* (art. 1533, lettre *d*). — Il faut que la perte soit totale, car si elle n'est que partielle, l'emphytéose n'en existe pas moins et l'emphytéote continue d'être obligé au payement intégral du canon, sans qu'il puisse demander une modération, même si la partie du fonds qui subsiste ne suffit pas à pro-

duire un revenu égal au montant du canon. L'article 1516 est formel à cet égard ; et lorsque la loi parle l'équité doit se taire.

Il est à remarquer que si l'emphytéose avait pour objet une maison, elle ne serait pas éteinte par la perte totale de l'édifice, elle subsiste alors sur le sol, car elle n'est pas limitée à la superficie (1).

5° *La prescription et l'usucapion* (art. 1533, lettre *v*). — L'emphytéote, pourrait-il usucaper la pleine propriéte contre le bailleur ? Et *vice-versa*, le bailleur, pourrait-il usucaper contre l'emphytéote?

La réponse à cette dernière question se trouve dans l'article 1937, conçu dans les termes suivants : « La qualité de fidéicommis, de bien soumis à bail héréditaire ou à emphytéose, se perd par une possession de quarante ans à titre de propriété libre et illimitée, de la part du propriétaire dont le droit était limité (2). »

De cet article nous concluons que par l'usucapion de quarante ans, le bailleur peut acquérir la pleine propriété du fonds. Mais pour que ce résultat puisse se produire, il faut que la possession ait été de bonne foi ; car s'il y a eu mauvaise foi, l'usucapion ne pourra jamais s'accomplir. L'article 1940 en effet, est formel à cet égard ; il est ainsi conçu : « Celui qui fonde l'usucapion sur un laps de trente ou de quarante ans, n'a pas besoin de produire de titre de possesseur légitime. Cependant, il ne peut acquérir par usucapion, même après ce long terme, si l'on peut prouver que sa possession était de mauvaise foi » (3).

Pratiquement, le premier bailleur ne pourra prescrire que très-rarement : la bonne foi manquera presque toujours. Pour trouver à l'article une application plus fréquente, il faut envisa-

1. Nous verrons bientôt, que la décision contraire est consacrée par le Code Caragea.

2. Comme l'art. 1474, C. Autr.

3. Comme l'art. 1477, C. Autr.

ger une situation différente, par exemple: que l'héritier ou un autre successeur du bailleur ait possédé pendant quarante ans le fonds emphytéotique, se croyant plein propriétaire.

Il est à remarquer que la mauvaise foi du précédent possesseur ne nuit pas à l'héritier; en effet, l'article 1920 dispose : « La possession doit être de bonne foi ; mais la mauvaise foi du précédent possesseur n'empêche pas le successeur ou l'héritier de bonne foi de commencer l'usucapion à partir du jour de son entrée en possession » (1).

Quid, pour le preneur emphytéotique ? La loi est muette à son égard. Il faut décider à notre avis, sans hésitation aucune, qu'il peut parfaitement usucaper contre le propriétaire, par application du droit commun, mais à condition d'intervertir par un acte ostensible son titre précaire de possession.

L'emphytéose pourra donc également prendre fin, par l'usucapion accomplie au profit soit de l'emphytéote, soit d'un tiers, qui a possédé le fonds emphytéotique avec juste titre et bonne foi, pendant dix ou vingt ans, ou avec bonne foi, sans juste titre, pendant trente ans.

Mais quelle sera la situation de ce tiers s'il avait possédé pendant trente ans le fonds en pleine franchise, avec juste titre, mais sans bonne foi ? Certainement, il n'a pu acquérir la propriété du fonds à cause de l'article 1937 cité *supra* ; mais n'a-t-il pas du moins prescrit l'obligation de restituer le fonds ?

Nous croyons devoir répondre par l'affirmative, car d'après l'article 1943 : « Tous les droits contre un tiers s'éteignent en général par le non-usage ou par un silence observé, au plus tard, pendant trente ans » (2). L'action en revendication du bailleur ou

1. Comme l'art. 1463, C. Autr.

2. Voir aussi les articles 1949 et 1953 du Code Calimaki. Comp. avec les art. 1479 et 1486, Code Autrichien.

de l'emphytéote, se trouvera donc paralysée par l'exception de prescription invoquée par le tiers possesseur.

Mais comme la prescription a eu seulement pour effet d'affranchir le possesseur de l'obligation personnelle de restituer et non de le rendre propriétaire, s'il perd la possession, il ne peut revendiquer contre personne, pas même contre ceux qu'il aurait antérieurement repoussés par la prescription de trente ans. Est-ce à dire que le nouveau possesseur puisse garder la chose envers et contre tous ? Oui, sans doute, s'il a lui-même un droit de propriété directe ou utile. Si c'est un simple possesseur, du fait même de sa possession naît une nouvelle obligation de restituer, et cette obligation ne peut s'éteindre que par l'usucapion de dix à vingt ans, ou par la prescription libératoire de trente ans (1). Nous trouvons donc, dans le Code Calimaki la prescription trentenaire simplement *extinctive*, instituée par Théodose II le Jeune (2) au profit du possesseur de mauvaise foi, ou de bonne foi, mais sans juste titre, et que Justinien a maintenue à l'égard seulement du possesseur de mauvaise foi.

On doit donc distinguer d'après le Code Calimaki : la prescription et l'usucapion. La prescription n'a qu'un effet libératoire ou extinctif; tandis que l'usucapion a un effet acquisitif et extinctif en même temps ; c'est-à-dire, que toute usucapion renferme une prescription (3).

Il est à peine besoin de dire, que d'après le Code civil Français et le Code civil Roumain actuel, on ne connaît pas cette étrange situation d'un propriétaire ne pouvant revendiquer sa chose contre un simple posesseur, qui n'a pu lui-même acquérir la pro-

1. L. 8, § 1, Code Just., *de præscript. trig. vel quadr. ann.* (VII, 39).

2. L. 3, *ibidem.*

3. Voir les articles 1906 et 1907 du Cod. Calim., qui sont la traduction des articles 1451 et 1452 du Code Autrichien. D'ailleurs, la matière tout entière est empruntée à ce Code.

priété par prescription. La prescription d'après l'article 1890 Code civil Roumain, qui correspond à l'article 2262 Code civil Français, est péremptoire, c'est-à-dire, elle éteint absolument le droit de celui auquel on peut l'opposer.

6° *L'arrivée du terme* (art. 1533 lettre b, et art. 1904). Observons seulement qu'il n'y a pas de tacite reconduction. Si en fait l'emphytéote reste en possession, et que le propriétaire l'y laisse, le bail continuera, en ce sens que l'emphytéote jouira à charge de payer le canon, mais chacune des parties peut mettre fin à cet état de choses, qui est plutôt un fait que le résultat d'une convention.

7° *L'annulation du contrat.* — Le contrat d'emphytéose peut-être annulée, comme tous les contrats, pour cause de dol (art. 1166), de fraude (art. 1163 et 1164) de crainte et violence (art. 1162), de minorité (art. 1156 à 1159) et d'absence (art. 365). Ces causes d'annulation auxquelles se refère l'article 1905, sont comprises par la loi dans l'expression générique de : *restitutions*, (*restitutiones in integrum*).

Peut-il y avoir rescision pour cause de lésion ?

D'après le Code Calimaki, la lésion est une cause de rescision dans tous les contrats synalagmatiques. Voici comment s'exprime l'article 934 : « Quand dans des contrats synalagmatiques, l'une des parties n'a pas même reçu de l'autre en valeur commune la moitié de ce qu'elle même lui a donné, la loi accorde à la partie lésée le droit de demander l'annulation de la convention et la restitution (c'est-à-dire, la restitution des choses en leur état antérieur); mais l'autre partie à la faculté de maintenir le contrat, en déclarant qu'elle est prête à fournir le complément jusqu'à concurrence de la valeur commune (1). »

1. Comm. l'art. 934, C. Autr.

Nous devons donc décider, que tant le concessionnaire que le concédant peuvent demander la rescision du contrat pour lésion d'outre-moitié, pourvu qu'ils ne se trouvent pas dans l'un des cas exceptionnels prévus par l'article 1253, ainsi conçu :

« Ce moyen légal (la rescision pour cause de lésion) n'existe pas :

a. — « Pour celui qui y a expressément renoncé, ou qui a déclaré que la chose avait pour lui une valeur extraordinaire par suite d'une affection particulière ;

b. — « Pour celui qui a consenti à prendre la chose pour une valeur disproportionnée, bien que la valeur véritable lui fût connue ;

c. — « Lorsqu'on doit présumer, d'après la condition des personnes, qu'elles ont voulu conclure un contrat mixte ; partie à titre gratuit et partie à titre onéreux ;

d. — « Quand la véritable valeur de la chose, ne peut plus être déterminée, et enfin ;

e. — « Quand il s'agit d'une vente aux enchères. »

8° *Le consentement mutuel* (art. 1533 lettre *a*). Rien de plus naturelle que cette cause d'extinction ; mais on doit ajouter, que le consentement à lui seul est impuissant à transférer la propriété, il faut qu'il soit accompagné de la tradition.

9° *La renonciation* (art. 1533 ; art. 457 et 581). Il faut que la renonciation soit spontanée et qu'elle soit suivie de la tradition et de la restitution des titres. L'article 457 s'exprime ainsi : « La possession des droits et des choses immobilières, s'éteint lorsque le possesseur volontairement en fait l'abandon à autrui, en lui livrant tous les titres relatifs à cette possession, ou lorsqu'il est expulsé en vertu d'une sentence judiciaire. » Et l'article 459 ajoute : « La possession ne se perd point par le simple non-usage d'un droit, hors les cas de prescription déterminés par la loi. »

10° *La mort de l'emphytéote, sans successeur légitime.* —

« Les biens soumis à bail héréditaire ou à emphytéose, dit l'article 1534, passent à tous les héritiers qui n'en ont pas été expressément exclus. »

L'article 1535 porte : « Si le propriétaire de la jouissance n'a pas de successeur légitime, l'usufruit est réuni à la propriété de la substance.

Et l'article 1536 ajoute : « si le propriétaire de la substance veut faire usage de ce droit, il doit acquitter toutes les dettes du défunt propriétaire de la jouissance, que les biens personnels de celui-ci ne suffiraient pas à couvrir (1). »

11° *La loi* (art. 1533 lettre *v*). — Enfin, l'emphytéose prend fin par l'expropriation pour cause d'utilité publique.

L'article 479 porte : « Lorsque l'utilité publique l'exige, les membres de l'État sont obligés de céder la propriété parfaite des choses qui leur appartiennent, moyennant une indemnité proportionnée (2). »

1. Ces trois articles du Code Calimaki sont la reproduction de l'art. 1149 du Code Autrichien.

2. Comme l'art. 365, C. Autr.

CHAPITRE IV

L'EMPHYTÉOSE D'APRÈS LE CODE CARAGEA

§ 1.

Le Code Caragea ne consacre à l'emphytéose que cinq articles, qui composent le chapitre V de sa IIIe Partie. Il ne fait que tracer quelques règles principales ; il est muet pour le surplus.

Nous n'entrerons pas dans l'exposé de la théorie de l'emphytéose dans le Code Caragea ; nous nous contenterons d'indiquer les quelques dispositions, qui y sont contenues, et d'examiner la question la plus importante qui s'élève, celle de savoir, quelle est la nature du droit emphytéotique sous l'empire de ce Code.

§ 2.

La rubrique du chapitre V est intitulée, dans la traduction roumaine : « *De la plantation et de la construction* » (*pentru sadire sau cladire*), tandis que le texte original grec, porte : Περὶ ἀμφυτεὶσεως [1].

Voici le texte des articles du Code.

Art. 1. — La plantation (2) est un mode de location ; elle s'ap-

1. Nous n'approuvons pas cette traduction d'un mot technique, consacré par la tradition et par la science, d'autant plus qu'elle n'est pas heureuse ; on s'en convaincra tout de suite.

2. Le texte grec dit : Ἡ ἐμφύτευσης. Il fallait ajouter dans l'édition roumaine : « et la construction. »

pelle ainsi parce que l'on donne à bail à un autre la terre qui nous appartient, pour y faire des plantations ou des constructions, à la charge de payer quelque chose, et celui qui prend notre terre dans ces conditions, s'appelle planteur ou constructeur.

Art. 2. — Le contrat de plantation et de construction doit se faire par écrit.

Art. 3. — La plantation (1) doit être exécutée conformément aux stipulations du contrat.

Art. 4. — Si le propriétaire de la plantation ou de la construction ne paye pas pendant trois ans, ce qui a été convenu, qu'on le poursuive en justice, et si même aprés que la justice lui aura accordé un délai de six mois, il ne paye pas, qu'on estime la chose plantée ou construite, dans l'état où elle se trouve, et que le propriétaire du fonds la rachète, mais que le constructeur (2) soit expulsé.

Art. 5. — Si la construction est un édifice, et que cet édifice vienne à être incendié ou détruit tout entier, s'il n'a rien été convenu d'avance, le fonds restera libre entre les mains du propriétaire.

La portée de ces articles ressortira de l'examen préalable de la grosse question que nous abordons maintenant, celle du savoir, quelle est la nature du droit emphytéotique dans le Code Caragea?

D'après une opinion généralement répandue, l'emphytéose est un simple contrat de louage ordinaire, mais les parties sont libres de reproduire, par des clauses habilement combinées, les caractères de l'emphytéose romaine, ou de l'emphytéose telle qu'elle est réglée par le Code Calimaki.

Cette opinion se fonde principalement, sur la définition que

1. Même observation que la précédente.
2. Il fallait ajouter : « ou le planteur. »

donne l'article 1er, qui dit que l'emphytéose est *un mode de location,* et sur cette circonstance, que le chapitre V qui traite de l'emphytéose, suit immédiatement le chapitre qui traite du louage ordinaire, et précède les chapitres consacrés au colonat et au louage de services. On en conclut, que l'emphytéose est rangée parmi les droits personnels.

Quel que soit le crédit qu'on a l'habitude d'accorder à cette opinion, nous ne l'adoptons pas.

On ne peut rien conclure de ce que la loi dit, que l'emphytéose est un mode de location, car de tout temps l'emphytéose a tenu le milieu entre le louage et la vente, et pourtant elle n'a été ni l'un, ni l'autre.

La loi elle-même nous avertit, qu'il s'agit là d'*une espèce* de louage, d'une de ses variétés, mais elle ne dit nullement qu'il s'agisse d'un simple louage.

De la place qu'occupe le chapitre V, on ne peut pas davantage rien conclure dans le sens de la personnalité du droit emphytéotique, car les rédacteurs du Code Caragea, ne s'occupant que d'une manière très-incomplète et très-imparfaite des droits réels, ont saisi la première occasion favorable pour parler de l'emphytéose, à propos de la matière du louage; attendu que l'emphytéose est tout aussi bien que le louage un mode d'exploitation de la chose d'autrui.

L'emphytéose a toujours engendré un droit réel ; ce qui précisément constitue la différence spécifique entre elles et le simple louage. Ce caractère, l'emphytéote l'a toujours conservé, sans contestation, tant dans le droit romain que dans le droit byzantin, et dans toutes les législations étrangères. Si le Code Caragea avait voulu changer la nature du droit emphytéotique et introduire une innovation aussi considérable, nous croyons qu'il aurait pris la peine de s'en expliquer formellement. Son silence ne peut donc pas s'interpréter dans la sens d'une innovation ; mais au con-

traire, dans ce sens, qu'il a entendu se référer aux principes du droit qui régissaient le contrat emphytéotique, et non les abroger. Or, ces principes n'étaient autres que ceux du droit romain.

Ce qui confirme de plus notre interprétation, c'est l'expression caractéristique : Ἡ ἐμφυτευσης, qu'on trouve dans le texte original du Code, et que les traducteurs roumains remplacent par cette périphrase : *plantation* ou *construction* (*sadire sau cladire*), ce qui dénature le sens propre de l'expression elle-même. Or, peut-on admettre que le législateur Caragea, en employant cette expression, n'a pas voulu comprendre la chose elle-même ?

Ce qui fait tomber complètement, à notre avis, l'opinion adverse, c'est cette objection de pur bon sens : Si l'emphytéose ne confère qu'un simple droit personnel, comme celui du louage ordinaire, il en résulte, qu'en cas d'aliénation d'un fonds concédé en emphytéose, le preneur emphytéotique peut être expulsé par l'acquéreur à titre particulier. Cette conséquence est fondée sur l'article 5 des anciennes dispositions du Code Caragea, et sur l'art. 26, ch. IV, Part. III, du même Code (1).

Or, qui voudrait d'une emphytéose établie entre les parties contractantes ordinairement à perpétuité, qui serait exposée à être mise à néant au gré du bailleur et de son ayant-cause ?

Peut-on admettre en vraie doctrine et législation une semblable conséquence ? Ne serait-ce pas aller contre la nature de l'institution elle-même, qui exige plus que tout autre, stabilité, permanence, une très-longue durée assurée ?

Nous aurions pu, à la rigueur, arrêter ici notre argumentation. Mais, pour mieux faire ressortir le véritable esprit du législateur Caragea, sur le point qui nous occupe, nous tâcherons d'indiquer rapidement la portée des dispositions contenues dans les cinq articles

1. On sait que le Code Caragea fut réformé en plusieurs points, soit par le Réglement organique, soit par des lois postérieures. La loi de 1852 a emprunté au Code civil français ses dispositions, en ce qui concerne le louage.

précités. On peut les résumer ainsi : le Code n'a fait qu'introduire quelques innovations et trancher quelques vieilles controverses.

Voyons d'abord les innovations.

a. — L'article 4 oblige les juges, saisis de la demande du propriétaire, à accorder un délai de six mois à l'emphytéote pour le payement du canon, et ce n'est qu'après l'expiration de ce délai, qu'ils peuvent prononcer la déchéance. Dans le droit romain, la commise avait lieu de plein droit.

b. — Le même article 4 accorde une indemnité à l'emphytéote pour les constructions ou les plantations qu'il a faites, même dans le cas où le contrat prend fin par la faute de l'emphytéote, c'est-à-dire, pour cause de non-paiement du canon.

Dans le droit romain, l'emphytéote n'avait dans cette hypothèse, cela est certain, aucun droit à une indemnité.

c. — La déchéance pour cause de non-paiement de la redevance est prononcée, si l'emphytéote néglige de payer pendant trois ans, sans distinguer comme le droit romain, entre les emphytéoses des biens ecclésiastiques et des biens de particuliers.

Voici maintenant les solutions relatives à d'anciennes controverses.

Le Code a tranché dans l'article 2 la controverse qui existait en droit romain, sur le point de savoir si la rédaction d'un écrit est nécessaire pour la formation du contrat d'emphytéose ; il exige expressément un écrit.

Le Code a tranché la difficulté qui existait en droit romain et même en droit français, sur la question de savoir si dans le cas où l'emphytéose a pour objet un édifice, lequel vient à être complètement détruit par un incendie ou par une autre cause, le contrat prend fin, ou bien il subsiste encore sur le sol. L'article 5 dispose, qu'en l'absence de stipulation des parties, le contrat prendra fin.

De tout ce qui précède, il résulte évidemment, que pour tous

les points auxquels le Code Caragea n'a pas dérogé expressément ou implicitement, il s'en est référé à la théorie romaine. L'emphytéose existe donc sous l'empire de ce Code, avec sa nature de droit réel, et constitue un contrat « *sui generis* », distinct du simple louage et de la vente.

Les conséquences à tirer de notre opinion par ceux qui l'adopteront, sont faciles à concevoir. L'emphytéote aura la revendication et les actions possessoires en son propre nom, il pourra hypothéquer son droit, le grever de servitudes, l'aliéner entre-vifs ou *mortis causa*, son droit sera opposable aux tiers-acquéreurs du fonds, il pourra changer la destination du fonds, à condition de ne pas le détériorer, le droit emphytéotique pourra s'établir et s'éteindre par prescription, les droits de l'emphytéote seront, en général, beaucoup plus étendus que ceux d'un simple locataire, etc. etc.

Tel est notre système, qui nous est exclusivement personnel. Nous nous sentirons bien heureux, si notre interprétation trouve des défenseurs dans la doctrine et un écho dans la jurisprudence.

CHAPITRE V

L'EMPHYTÉOSE D'APRÈS LE CODE CIVIL ACTUEL

Le Code civil de 1864 consacre à l'emphytéose un seul article dont voici les termes. Art. 1414 : « Les locations héréditaires aujourd'hui existantes, connues sous le nom d'emphytéose ou embatique (*besman*), sont maintenues. Elles seront réglées d'après les lois en vigueur lors de leur naissance.

« A l'avenir elles ne pourront plus être établies. »

Cet article a deux objets distincts ; d'un côté, il maintient les emphytéoses existantes lors de la promulgation du Code ; de l'autre, il interdit d'en établir de nouvelles.

L'une et l'autre de ces dispositions sont à notre avis critiquables.

La première a eu pour effet de maintenir la perpétuité des redevances emphytéotiques. C'est le reproche que nous lui faisons.

Nous croyons que la perpétuité des baux, ne convenant plus aux idées modernes, la conserver, c'est non-seulement méconnaître le principe de l'affranchissement du sol ; mais encore, maintenir dans le régime de la propriété immobilière, qui est d'ordre public, un vestige discordant de l'ancien état des choses.

Pourquoi n'a-t-on pas suivi, ici, l'exemple de l'Assemblée nationale française de 1789, qui a déclaré rachetables les redevances foncières perpétuelles ? Les mêmes maux ne doivent-ils pas avoir les mêmes remèdes ? L'expropriation pour cause d'utilité

publique, avec juste et préalable indemnité, n'est pas une spoliation ; c'est au contraire, un acte de haute justice.

Il fallait abolir l'emphytéose perpétuelle et conserver l'emphytéose temporaire. Pourquoi les rédacteurs du Code ont-ils voulu se montrer plus radicaux, que ne l'ont été les grands juges de la féodalité en 1789, et même les rédacteurs du Code civil français de 1804 ?

Il n'y avait, à notre sens, aucune raison juridique et économique qui s'opposât au rachat des redevances emphytéotiques des biens de particuliers. Mais nous en trouvons, ce nous semble, un motif politique. Il avait fallu un coup d'État, la dictature, pour que le prince Alexandre Jean put accomplir les importantes réformes que le pays réclamait de tous ses vœux. La loi rurale du 15 août 1864, rendue malgré les résistances opiniâtres des grands propriétaires, avait fait parvenir à la propriété tous les colons. Une autre loi, du 30 octobre 1864, avait déclaré rachetables toutes les redevances emphytéotiques établies sur des biens appartenant à l'État, et avait ainsi rendu susceptibles de devenir propriétaires un nombre très considérables d'emphytéotes (1). Rendre rachetables dans la même année, les redevances emphytéotiques des biens de particuliers, c'eût été, peut être, une mesure trop radicale, et qui n'aurait pas été sans provoquer de graves mécontentements, de la part surtout de grands propriétaires.

Mais, ce que le législateur de 1864 n'a pas voulu, ou n'a pas osé faire, par la force même des choses, les particuliers sont arrivés à peu près à le faire. Plusieurs villes (2), bâties sur le sol

1. Il importe de remarquer que cette loi déclare rachetables les redevances emphytéotiques dues à l'État, sans distinguer entre les emphytéoses perpétuelles et les emphytéoses temporaires. Le taux du rachat se détermine, par la multiplication du canon annuel avec trente années de jouissance (art. 3). Le versement de ce capital doit être fait en une seule fois, au moment du rachat.

2. Nous ne citerons que Jassy, Vasloui, Houssy, Mizil, etc., etc.

concédé à bail emphytéotique, ont racheté les redevances, par transactions intervenues à l'amiable entre les municipalités et les propriétaires.

Il serait à désirer, qu'une loi spéciale vînt effacer d'une façon générale les redevances emphytéotiques perpétuelles.

La seconde disposition de l'article 1414 mérite des reproches encore plus graves.

« Les locations héréditaires aujourd'hui existantes, connues sous le nom d'emphytéoses, sont maintenues.... A l'avenir elles ne pourront plus être établies ».

Voilà la peine d'ostracisme prononcée par le législateur roumain !

Il n'y a pas de travaux préparatoires qui puissent nous révéler les motifs qui ont poussé les rédacteurs du Code à prononcer cette condamnation. Mais, nous croyons ne pas nous tromper en disant, qu'ils n'ont pas pu avoir d'autres motifs, que quelques-uns de ceux qui ont été allégués en France par les adversaires de l'emphytéose. Il nous semble inutile de les reproduire ici, car ils ont suffisamment été exposés et réfutés, tour à tour, dans la IIe Partie du Droit français de cette étude (1). Aussi, nous n'insisterons que sur quelques considérations, qui se réfèrent spécialement au législateur roumain.

Il y a dans la science juridique des préjugés traditionnels, dont les jurisconsultes même les plus estimés n'ont su se dégager. L'emphytéose est précisément l'objet de prédilection de ces préjugés.

Les rédacteurs du Code civil de 1864, qui, pour la plupart se sont distingué sur les bancs de l'École de Droit de Paris, ont été trop influencés, ce nous semble, par la doctrine enseignée généralement en France. Au lieu de se montrer des gens pratiques, et

1. Voir pg 285 et suiv.

de suivre la jurisprudence française, ils ont préféré être théoriciens, sans considérer que les théories même les plus absolues, les plus incontestables, doivent subir les tempéraments que les temps, les lieux et autres circonstances, leur imposent.

Ce qui nous paraît inexplicable, c'est que les rédacteurs n'aient pas tenu compte de ce qui s'est passé dans les autres pays, comme la Belgique et la Hollande, qui sont dans un état de culture plus avancé que la Roumanie, et qui, eux pourtant, ont maintenu l'emphytéose dans leurs lois. L'Italie, elle aussi, a maintenu ce contrat, malgré les luttes opiniâtres de ses adversaires. L'emphytéose existe non-seulement en France, malgré le silence fâcheux du Code civil, mais encore en Allemagne, en Autriche, en Grèce, en Espagne, en Portugal et même aux États-Unis de l'Amérique du Nord (1).

Ce fait, à lui seul, suffit pour convaincre le législateur de la faute qu'il a commise, en abolissant l'Emphytéose pour l'avenir.

Comment? la Roumanie, peut-elle avoir la prétention de se considérer dans un état de prospérité agricole et industrielle supérieur à celui de tous ces pays, et tel qu'il puisse la dispenser de recourir à l'emphytéose?

Nous croyons, au contraire, que c'est elle qui a précisément le plus besoin de son secours. Combien de terres n'y a-t-il pas en Roumanie, qui sont désertes, incultes, en friche? On ne s'est pas encore donné la peine, d'en calculer le nombre et l'étendue. Il suffit de parcourir le pays dans n'importe qu'elle direction, pour se convaincre que l'agriculture est encore dans un état primitif, et que le sol n'attend que des cultivateurs intelligents et laborieux, pour donner des produits excellents et en abondance.

Il y a peu d'États, qui relativement parlant, possèdent des

1. Statuts de New-York : *Rights of Landlords and teneant.* Part. I, ch. I, tit. 4, § 13 et seq.

domaines aussi étendues et aussi nombreux que l'État roumain : à peu près le quart du sol, si nous ne nous trompons, appartient à l'État. Ces vastes domaines sont exploités par des fermiers, dont la durée du bail a été portée, depuis 1875 seulement, à dix ans, car auparavant cette durée n'était que de cinq ans (1).

Les hospices, les communes et les particuliers, eux aussi, sont propriétaires de nombreux et grands domaines, exploités toujours par des fermiers ordinaires.

On doit vraiment s'étonner de voir qu'on ne se soit pas suffisamment convaincu, qu'un pareil mode d'exploitation ne peut être que funeste à l'agriculture. Il a été et il est généralement reconnu, par les économistes et les jurisconsultes les plus estimés, que les baux de courte durée s'harmonisent mieux avec la petite propriété qu'avec la grande, et que celle-ci, marche toujours accompagnée de très-longs baux.

La pratique de tous les jours confirme cette vérité, que le fermier à courte durée, pressé de jouir, arrache au sol en un jour les forces productives de plusieurs années ; tandis que le fermier à longue durée s'attache au sol, il le cultive avec affection, il a intérêt non-seulement à le faire féconder, mais aussi à le ménager.

Qu'on lise l'*Exposé des motifs* du gouvernement français, ainsi que les débats qui ont eu lieu dans le Sénat, à propos du projet de loi qui reconnaît et réglemente l'emphytéose (1), et on se formera certainement une idée positive, des grands services que cette

1. Chose singulière, digne d'attirer l'attention du gouvernement roumain : Un grand nombre de fermiers du domaine de l'État n'ont pas hésité, malgré la prohibition de l'art. 1414 C. civ., à concéder des baux emphytéotiques aux paysans, à charge de planter des vignes ou de faire d'autres améliorations au sol. Il est évident que ces contrats sont nuls comme emphytéoses ; mais ce *fait*, à lui seul, n'est-il pas la meilleure plaidoirie en faveur du rétablissement de l'emphytéose ? (Ce fait nous a été révélé par M. Jean Bibicesco, dans une petite brochure : *L'Emphytéose et son rachat*, Bucarest, 1881, p. 26).

1. Voyez l'examen de ce projet, 1er Appendice de cette étude.

institution est destinée à apporter à l'agriculture et à l'industrie. Quand la France, si avancée en culture et en civilisation, rend de semblables hommages à l'emphytéose, nous nous croyons dispensé d'insister davantage, car c'est le bon sens, ce nous semble, qui suppléera aux meilleures argumentations.

Nous atteignons ici le sommet de notre travail et il est temps de finir.

Nous ne saurions trop répéter que l'emphytéose a sa raison d'être en Roumanie, plus encore que dans les autres États de l'Europe, qui ont eu la prudence de garder dans leur législation, une place d'honneur à cette institution.

Nous regrettons l'erreur manifeste commise par le législateur roumain de 1864 ; mais nous espérons, qu'après mûres réflexions, on se hâtera de rétablir et de réglementer de nouveau l'emphytéose.

Ce vœu sera la conclusion de cet ouvrage.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — L'emphytéose est d'origine grecque.

II. — L'emphytéote a la *corporis possessio*, et conséquemment, l'exercice des interdits possessoires.

III. — L'emphytéote peut exercer l'action Publicienne, à l'exemple du preneur vectigalien.

IV. — L'emphytéose peut être constituée, sans que la rédaction d'un écrit soit nécessaire.

V. — L'emphytéose, à l'exemple des servitudes prédiales et de l'usufruit, ne peut pas être constituée comme *jus in re aliena*, uniquement *pactis ac stipulationibus*.

VI. — L'emphytéose ne peut pas s'acquérir par usucapion.

VII. — L'emphytéote peut, en principe, constituer des servitudes, soit au profit, soit à la charge du fonds ; mais elles s'éteindront à la fin du contrat emphytéotique.

VIII. — Il n'existe pas en droit romain une action contraire à la Publicienne.

IX. — L'action Paulienne est une action *in personam* ; il n'y a pas d'action Paulienne *in rem*.

X. — Le mari est resté toujours en droit romain propriétaire de la dot constituée à sa femme.

XI. — La caution n'est liée que par les jugements favorables rendus au profit du débiteur principal.

DROIT FRANÇAIS

I. — Le Code civil n'a point abrogé les dispositions du décret du 29 décembre 1790, relatives à l'emphytéose temporaire.

II. — Le droit emphytéotique est susceptible d'hypothèque.

III. — L'emphytéote n'a droit à aucune remise pour stérilité ou perte partielle du fonds, même si la redevance est proportionnelle aux produits.

IV. — L'emphytéote n'a pas droit à une indemnité, pour les améliorations et les constructions faites en dehors des stipulations du contrat.

V. — La constitution d'une emphytéose n'est pas sujette à rescision pour cause de lésion de plus de sept-douzièmes.

VI. — Dans les emphytéoses constituées avant la promulgation du Code, la clause suivant laquelle la déchéance doit avoir lieu de plein droit, n'est que comminatoire.

VII. — Le droit de retention ne peut être exercé, que dans les cas où il y a *debitum cum re junctum*.

VIII. — La convention de donner deux corps certains sous une condition alternative, est translative de propriété suspensive.

IX. — La séparation des patrimoines confère aux créanciers et aux légataires qui la demandent, un véritable privilège.

X. — Les créanciers héréditaires ont intérêt à demander la séparation des patrimoines, lors même que la succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire.

HISTOIRE DU DROIT

I. — Le *vassaticum* des temps carlovingiens n'est qu'une application particulière et une extension de la recommandation à un personnage plus puissant ; il n'y a pas de filiation avec la *trustis*.

II. — L'emphytéose de Zénon et de Justinien fut inconnue en Gaule sous les deux premières races.

III. — Il y a eu pendant la période féodale et monarchique une véritable emphytéose, distincte du bail à cens et du bail à rente.

IV. — Il y a un rapport de filiation entre les fiefs et les bénéfices.

DROIT CRIMINEL

I. — La réhabilitation, à la différence de la révision, ne peut avoir lieu après la mort du condamné.

II. — Si le condamné par contumace à une peine afflictive ou infamante reparaît, ou est arrêté, même après les cinq ans du délai de grâce, mais avant vingt ans écoulés, le testament qu'il a pu faire, ou les donations qu'il a faites ou reçues dans cet intervalle, sont valables.

DROIT INTERNATIONAL

I. — Les tribunaux d'un pays qui admet le divorce, ne sont pas

compétents pour le prononcer, entre étrangers appartenant à un pays qui prohibe le divorce.

II. — L'individu extradé ne peut être jugé et condamné, que pour les faits à l'occasion desquels il a été extradé.

Vu par le Président de la thèse,
P. CAUWÈS.

Vu par le Doyen,
CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

Préface . . . . . (I-VIII)

DROIT ROMAIN

PREMIÈRE PARTIE

Antécédents de la théorie de l'emphytéose dans le droit romain.

Méthode à suivre dans cette partie d'étude 1

NOTIONS HISTORIQUES

Section I. Caractères de la propriété dans l'ager romanus. 3
Section II. L'ager publicus. 10
§ 1. Sa formation et composition 10
§ 2. Modes d'exploitation 11
§ 3. Lois agraires et disparition de l'*ager publicus*. . 17
Section III. L'ager vectigalis. 21
§ 1. Théorie du *jus in agro vectigali*. 23
§ 2. Comparaison entre l'*ager vectigalis* et l'*ager publicus*. 37
Section IV. Des fonds provinciaux 39
Section V. Biens du domaine impérial. 46
§ 1. Formation et composition 46
§ 2. Modes d'exploitation. 50
Section VI. Théorie du jus privatum 52
Section VII. Théorie du jus perpetuum 54

Section VIII. Distinction entre le jus perpetuum et l'emphytéose. 61
Section IX. Origine et développement de l'emphytéose. 65

DEUXIÈME PARTIE

Théorie de l'emphytéose dans le droit romain.

Méthode à suivre dans cette partie d'étude 79
Chapitre I. Nature du droit emphytéotique, droits, actions et obligations. 83
Section I. Nature du droit emphytéotique 83
Section II. Droits et actions de l'emphytéote 90
§ 1. Droits de l'emphytéote. 90
§ 2. Actions de l'emphytéote. 100
Section III. Obligations de l'emphytéote. 102
Chapitre II. Constitution, transmission et extinction de l'emphytéose. 113
Section I. Constitution de l'emphytéose 113
Section II. Transmission de l'emphytéose 127
§ 1. Transmission entre-vifs 127
§ 2. Transmission à cause de mort 144
Section III. Extinction du droit emphytéotique 147
§ 1. Causes d'extinction de droit commun. 147
§ 2. Causes d'extinction spéciales à l'emphytéose . . . 152
Chapitre III. Emphytéoses exceptionnelles. 162
§ 1. Emphytéose des biens du domaine impérial . . . 162
§ 2. Emphytéose des biens ecclésiastiques 164
Chapitre IV. Comparaison de l'emphytéose avec quelques-uns des droits et contrats qui s'en rapprochent. 168
§ 1. L'usufruit 169
§ 2. La vente. 170
§ 3. Le louage 171
§ 4. Le précaire. 173
§ 5. La superficie. 175
§ 6. Le colonat. 179

DROIT FRANÇAIS

PREMIÈRE PARTIE

L'emphytéose au moyen-âge et dans l'ancien droit français.

Méthode à suivre dans cette partie d'étude 185
Chapitre I. L'EMPHYTÉOSE DEPUIS LA CHUTE DE L'EMPIRE D'OCCIDENT JUSQU'A L'AVÉNEMENT DE LA FÉODALITÉ. . . . 187
Section I. L'emphytéose proprement dite a-t-elle été connue dans les Gaules, depuis l'anéantissement de l'Empire d'Occident, jusqu'à l'avénement de la féodalité ? . 188
Section II. Du « Libellarius contractus ». 190
Section III. De la Precaria. 193
Section IV. De « l'Hospitalitas » 197
Section V. Les Terres Tributaires. 199
§ 1. Des terres concédées à des hommes libres, *mansoarii*, à charge de redevances et de services. . . 199
§ 2. Des terres recommandées et soumises à des redevances 201
Section VI. Des Bénéfices 206
Chapitre II. L'EMPHYTÉOSE DEPUIS L'AVÉNEMENT DE LA FÉODALITÉ, JUSQU'A LA RÉVOLUTION FRANÇAISE. 212
Section I. Du Fief. 214
Section II. Du Bail à cens (censive) 222
Section III. Du Bail à rente foncière. 226
Section IV. Théorie de l'emphytéose proprement dite sous la période monarchique 233
§ 1. Persistance et caractères distinctifs de l'emphytéose. 233
§ 2. Nature du droit emphytéotique. 243
§ 3. Droits de l'emphytéote 247
§ 4. Obligations de l'emphytéote 252
§ 5. Modes de constitution de l'emphytéose 259
§ 6. Extinction de l'emphytéose. 265
§ 7. Transmission du droit emphytéotique. 271

DEUXIÈME PARTIE

L'emphytéose dans le droit intermédiaire et dans le droit actuel français.

Chapitre I. Influence des lois révolutionnaires sur la théorie de l'emphytéose 275
Chapitre II. Le code civil a-t-il aboli l'emphytéose 283
Chapitre III. Théorie de l'emphytéose sous le code civil. . 300
Section I. Nature et caractères de l'emphytéose 300
§ 1. Nature du droit emphytéotique 300
§ 2. Traits distinctifs de l'emphytéose 307
Section II. Droits et obligations de l'emphytéote 311
§ 1. Droits de l'emphytéote 311
§ 2. Obligations de l'emphytéote 319
Section III. Constitution, transmission et extinction de l'emphytéose 328
§ 1. Constitution de l'emphytéose. 328
§ 2. Transmission du droit emphytéotique. 338
§ 3. Extinction de l'emphytéose. 339
Ier Appendice. L'emphytéose d'après le projet de loi voté par le Sénat 346
§ 1. Nature et caractères essentiels du bail emphytéotique. 349
§ 2. Droits de l'emphyéote. 354
§ 3. Obligations de l'emphytéote 358
§ 4. Constitution de l'emphytéose. 360
§ 5. Transmission du droit de l'emphytéote 361
§ 6. Causes de déchéance de l'emphytéote 361
§ 7. Droit d'enregistrement 365
IIe Appendice. Législation comparée 374
§ 1. L'emphytéose en Italie.. 373
§ 2. L'emphytéose en Belgique et en Hollande 379
§ 3. L'emphytéose en Portugal 382
§ 4. L'emphytéose en Espagne 383
§ 5. L'emphytéose en Allemagne 384
§ 6. L'emphytéose en Autriche. 385

DROIT ROUMAIN

L'emphytéose en Roumanie.

Méthode à suivre dans cette partie d'étude 390
Chapitre I. Notions historiques sur le droit roumain . . . 393
Première période, du droit classique romain et coutumier (du IIe jusqu'au XIIIe siècle) 395
Deuxième période, du droit byzantin ou greco-romain et des codifications nationales (du XIIIe jusqu'au XIXe siècle) 397
Troisième période, du droit français (à partir de 1865, jusqu'à présent). 409
Chapitre II. Rapide aperçu sur la condition des personnes et des terres. Le colonat et les rezèches ou mosneni. Abolition du servage. 413
Chapitre III. Théorie de l'emphytéose d'après le code calimaki 427
§ 1. Caractères de l'emphytéose. 427
§ 2. Etablissement de l'emphytéose. 428
§ 3. Droits de l'emphytéote. 430
§ 4. Obligations de l'emphytéote. 435
§ 5. Transmission de l'emphytéose, ... 437
§ 6. Extinction de l'emphytéose. 438
Chapitre IV. L'emphytéose d'après le code caragea. . . . 446
Chapitre V. L'emphytéose d'après le code civil actuel. . . 452

Imprimerie A. DERENNE, Mayenne. — Paris, boulev. St-Michel, 52

Imp. A. Derenne. Mayenne. — Paris, boulevard Saint-Michel, 52.